

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRINCIPAL POR HECHO DE SUS AUXILIARES. EN ESPECIAL, LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Mònica Casadellà Sánchez

Dipòsit legal: Gi. 1202-2014
<http://hdl.handle.net/10803/145927>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL
PRINCIPAL POR HECHO DE SUS
AUXILIARES. EN ESPECIAL, LA
RELACIÓN DE DEPENDENCIA**

Mònica Casadellà Sánchez

2014



TESIS DOCTORAL

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

Mònica Casadellà Sánchez

2014

PROGRAMA DE DOCTORADO: Turismo, Derecho y Empresa.

Dirigida por: Dr. Miquel Martín-Casals

Memoria presentada para optar al título de Doctor/a por la Universidad de Girona

SUMARIO

	<i>Página</i>
RESUMEN	8
OBJETIVOS.....	13
METODOLOGÍA.....	14
DISCUSIÓN	15
RESULTADOS	16
ABREVIATURAS.....	17
INTRODUCCIÓN	19
I. MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRINCIPAL:	
¿CULPA PRESUNTA O VICARIA?	25
1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 1903.IV CC	25
2. EL CAMBIO DE MODELO ORGANIZATIVO EMPRESARIAL.....	36
3. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PRINCIPAL	39
3.1. Responsabilidad del principal por culpa presunta	40
3.1.1. El régimen del artículo 1903.IV y su evolución.....	40
3.1.2. De la inaplicación del párrafo VI del artículo 1903 CC a una interpretación y aplicación jurisprudencial flexible y generosa del precepto	45
A) Los instrumentos jurídicos empleados por el Tribunal Supremo para “objetivar” la culpa del principal	48
a) Imposibilidad de acreditar la diligencia debida	48
b) La mal llamada “responsabilidad por riesgo”	51
c) La inversión de la carga de la prueba de la culpa del principal.....	57

B)	La única vía de exoneración del principal: la falta de uno de los requisitos esenciales del artículo 1903.IV CC	61
3.2.	Responsabilidad vicaria del principal: regímenes y características.....	68
3.2.1.	Concepto y características	68
3.2.2.	Fundamento.....	71
A)	Argumentos a favor de una responsabilidad vicaria del principal ..	
	73
a)	El actual modelo de organización empresarial.....	74
b)	La solvencia del principal ante la insolvencia del auxiliar	74
c)	El beneficio obtenido por la actividad	76
d)	La pertenencia de los auxiliares a la organización.....	81
3.2.3.	Modelos de responsabilidad vicaria: en particular, el modelo de los PETL.....	86
4.	UNA PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	97
4.1.	Responsabilidad vicaria del principal por hechos de los auxiliares.....	97
4.2.	Responsabilidad presunta de los padres y guardadores.....	106
II.	LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA.	109
1.	UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA.....	110
1.1.	De la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes a la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares	110
1.1.1.	¿Quién responde por otro?.....	110
1.1.2.	La responsabilidad por hecho ajeno del “director”	112
1.1.3.	La persona jurídica como responsable por hecho ajeno.....	114
1.1.4.	Criterio amplio adoptado: la responsabilidad del “principal” por hecho de su “auxiliar”.....	119
1.2	¿Qué debe entenderse por “relación de dependencia”?	122
2.	CUESTIONES RELATIVAS A LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE EL PRINCIPAL Y EL AUXILIAR	129
2.1.	Criterios para establecer la relación de dependencia.....	129
2.1.1.	Modelo angloamericano (o del “Common Law”)	132
2.1.2.	Modelo europeo continental (o del “Civil Law”)	136
2.2.	Dependencia basada en la relación contractual.....	145

2.2.1.	El contrato de trabajo.....	145
2.2.2.	El contrato de servicios y el contrato de obra.....	160
	A) Cuestiones Generales	160
	B) Contrato de Servicios.....	162
	C) Contrato de Obra	166
	a) La subcontratación	174
	b) Responsabilidad por el mero hecho de introducir al subcontratista en la actividad propia	183
2.2.3.	El problema de los dependientes de alta cualificación técnica	187
	A) Introducción	187
	B) En particular, el ejemplo de los profesionales sanitarios como profesionales altamente cualificados.....	190
	C) El ejemplo de los profesionales de la construcción.....	199
	D) Conclusión	206
2.3.	Dependencia basada en una relación de hecho.....	217
2.3.1.	La jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	217
2.3.2.	El caso especial de las prestaciones de cortesía.....	220
	A) Los supuestos de préstamo de vehículo	227
2.4.	Responsabilidad por los hechos de los trabajadores cedidos.....	238
3.	EL CASO DEL CONTRATISTA INDEPENDIENTE	252
3.1.	La regla general	252
3.2.	La responsabilidad por hechos del contratista independiente: en especial, los “non-delegable duties”	257
3.3.	El supuesto del propietario de un solar o edificio de evitar causar daños en la finca de sus vecinos cuando realiza obras	266
3.4.	El supuesto de daños causados por las personas que prestan asistencia sanitaria o servicios médicos	274
	3.4.1. La prestación pública de servicios médicos o sanitarios.....	275
	3.4.2. La prestación privada de servicios médicos o sanitarios	277
	A) El régimen previsto en el artículo 148 TRLGDCU.....	277
	B) El régimen previsto en el Código civil.....	280
3.5.	El supuesto de la comunidad de propietarios	283
3.6.	Conclusión: la necesidad de un análisis casuístico	285

III.	LA ACTUACIÓN DEL AUXILIAR DENTRO DEL ÁMBITO DE LAS FUNCIONES ENCOMENDADAS.....	288
1.	CRITERIO GENERAL	288
1.1.	Modo inapropiado de llevar a cabo la tarea	290
1.2.	La intención que ha movido a actuar al auxiliar.....	294
1.3.	Que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo	296
1.4.	“Con ocasión de sus funciones”.....	297
1.5.	Las llamadas “conexión funcional” y “conexión circunstancial”	301
2.	ACTUACIÓN FUERA DEL LUGAR DE TRABAJO Y DE JORNADA LABORAL.....	305
3.	VARIACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL SERVICIO ENCOMENDADO E INCUMPLIMIENTO DE LAS ÓRDENES DEL EMPRESARIO	314
3.1.	Ámbito comparado	314
3.2.	Derecho español	316
4.	DAÑOS CAUSADOS DOLOSAMENTE POR EL AUXILIAR	326
5.	RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL BASADA EN LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA.	336
5.1.	Concepto y características	336
5.2.	En especial, la apariencia en la publicidad de las compañías de seguros de asistencia sanitaria	350
5.3.	La apariencia como indicio de la culpa presunta del principal.....	356
IV.	LA CULPA DEL AUXILIAR.....	360
1.	¿NECESIDAD DE CULPA O NEGLIGENCIA EN LA CONDUCTA DEL AUXILIAR? ...	361
2.	¿CABE IDENTIFICAR EL CONCRETO AUXILIAR QUE HA CAUSADO EL DAÑO?...	369
3.	¿DEBE DEMANDARSE CONJUNTAMENTE AL PRINCIPAL Y AL AUXILIAR?	382
4.	¿RESPONSABILIDAD O INMUNIDAD DEL AUXILIAR?.....	386
V.	LA ACCIÓN DE REGRESO ENTRE PRINCIPAL Y AUXILIAR	391
1.	CRITERIO GENERAL	391
2.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARTÍCULO 1904.I CC Y SU POCA REPERCUSIÓN PRÁCTICA.....	393
3.	UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	402

CONCLUSIONES	405
ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	424
1. Tribunal Supremo.....	424
A) Sala de lo Civil	424
B) Sala de lo Penal.....	439
C) Sala de lo Contencioso-Administrativo	442
2. Tribunales Superiores de Justicia	443
3. Audiencias Provinciales	443
4. Otros Países.....	444
A) Alemania	444
B) Austria	445
C) Canadá	445
D) Francia	445
E) Inglaterra	446
F) Norteamérica	448
G) Suiza	448
BIBLIOGRAFÍA	449

Resumen

Si la persona que realmente causó el daño no es un deudor suficientemente solvente, si es imposible de identificar o no tiene cobertura de un seguro de responsabilidad civil, la responsabilidad del infractor real no ayudará a la víctima. Por lo que este último buscará otras personas posiblemente responsables, especialmente a los que tenían que supervisar al culpable real. Precisamente, el concepto de responsabilidad civil por hecho ajeno pone de relieve que quien ocasiona un daño con su conducta ilícita no necesariamente será la persona que acabará reparando el hecho dañoso. El ordenamiento jurídico considera que determinadas personas, por su relación de jerarquía o de supervisión sobre otros individuos, deben responder civilmente por los daños que éstos causen. Tal es el caso del empresario cuando sus empleados causan un daño a tercero.

Todos los sistemas jurídicos contienen regímenes especiales de la responsabilidad del empleador por los daños causados por sus empleados. Estas reglas datan principalmente del siglo XIX y principios del siglo XX. A pesar de los cambios importantes de las actividades comerciales e industriales en la forma en que están organizadas, estas reglas de responsabilidad apenas han cambiado y parecen ser lo suficientemente flexibles para hacer frente a los problemas actuales. A menudo, estas reglas son de responsabilidad vicaria y a veces son de responsabilidad por culpa *iuris tantum*. El Proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR) y los Principios de Derecho de Daños Europeo (PETL), contienen disposiciones similares.

En consecuencia, la presente Tesis doctoral tiene por objeto el estudio de la responsabilidad civil por hecho ajeno del empresario por los daños causados por sus empleados, principalmente en el Derecho español, en comparación con diferentes ordenamientos jurídicos de Europa, así como del *common law* –como el inglés o el norteamericano–. La comparación

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

servirá tanto para poner de manifiesto diferencias sustantivas muy notables, como los puntos en común en función de los diferentes regímenes.

Resum

Si la persona que realment va causar el dany no és un deutor suficientment solvent, si és impossible d'identificar o no té cobertura d'una assegurança de responsabilitat civil, la responsabilitat de l'infractor real no ajudarà a la víctima. Per tant, aquest últim buscarà altres persones possiblement responsables, especialment als qui havien de supervisar al culpable real. Precisament, el concepte de responsabilitat civil per fet aliè posa en relleu que qui ocasiona un dany amb la seva conducta il·lícita no necessàriament serà la persona que acabarà reparant el fet danyós. L'ordenament jurídic considera que determinades persones, per la seva relació de jerarquia o de supervisió sobre altres individus, han de respondre civilment pels danys que causin aquests. Tal és el cas de l'empresari quan els seus treballadors causen un dany a tercer.

Tots els sistemes jurídics contenen règims especials de responsabilitat de l'empresari pels danys causats pels seus dependents. Aquestes regles daten principalment del segle XIX i principis del segle XX. Malgrat els canvis importants de les activitats comercials i industrials en la manera en què estan organitzades, aquestes regles de responsabilitat amb prou feines han canviat i semblen ser prou flexibles per fer front als problemes actuals. Sovint, aquestes regles són de responsabilitat vicaria i de vegades són de responsabilitat per culpa *iuris tantum*. El Projecte del Marc Comú de Referència (DCFR) i els Principis de Dret de Danys Europeu (PETL), contenen disposicions similars.

En conseqüència, la present Tesi doctoral té per objecte l'estudi de la responsabilitat civil per fet aliè de l'empresari pels danys causats pels seus treballadors, principalment en el Dret espanyol, en comparació amb diferents ordenaments jurídics d'Europa, així com del *common law* –com l'anglès o el nord-americà–. La comparació servirà tant per posar de

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

manifest diferències substantives molt notables, com els punts en comú en funció dels diferents règims.

Summary

If the person who actually caused the damage is not a sufficiently solvent debtor, if he is impossible to identify or does not have sufficient liability insurance coverage, liability of the actual wrongdoer will not help the claimant. Hence, the latter will look for other possibly liable persons, particularly those who had to supervise the actual wrongdoer. Indeed, the concept of liability for damage caused by others shows that the person who causes damage with its unlawful conduct will not necessarily be the person who will finish repairing the damage is sustained. The legal system considers that certain people, because of their hierarchical relationship or supervisory control over other individuals, must be liable for the damages they cause. Such is the case of the employer when their employees cause damage to third.

All legal systems contain special regimes for the liability of the employer for damage caused by his employee. These rules mainly date from the nineteenth and early twentieth century. Despite major changes in the way commercial and industrial activities are organized, these liability rules have barely changed and appear to be sufficiently flexible to deal with current issues. Often these rules are vicarious and sometimes they provide liability for rebuttable negligence. The Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Principles of European Tort Law (PETL) contain similar provisions.

Definitely, the goal of this present doctoral thesis is to study the liability for damage caused by others of the employer for damages caused by their employees, mainly under Spanish law, compared with different legal systems in Europe as well as the *common law* –as English or American–. The comparison serves both to highlight some very significant substantive differences as similarities in terms of the different regimes.

Objetivos

El objetivo de esta Tesis doctoral se enmarca en los trabajos desarrollados por el equipo del Grupo de investigación de Derecho Privado Europeo, parte de los cuales se destina a la aproximación del Derecho de daños, así como en el Programa de Doctorado en Turismo, Derecho y Empresa con mención de calidad MCD 2006-00459.

Todos los ordenamientos jurídicos imponen a los empresarios algún tipo de responsabilidad por los hechos de sus empleados, por ello un buen tema a desarrollar con ocasión a la Tesis doctoral es profundizar sobre la responsabilidad civil por hecho ajeno y, en concreto, la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones (artículo 1903.IV del Código Civil). Por esta razón, el estudio se centra en determinar cuando existe esta responsabilidad, si está obsoleta o encaja perfectamente en el rol social actual y, en especial, en determinar los criterios para establecer la relación de dependencia entre el principal y los auxiliares cuando éstos causan un daño a tercero, así como establecer los criterios que permiten concretar en qué casos el auxiliar actúa o no en ejercicio de las funciones encomendadas para que responda o se exonere el principal. Todo ello en base tanto al derecho español como comparado. Hecho que se corresponde con la línea de investigación del Programa de Doctorado de Derecho de la Responsabilidad civil: Europeo y comparado en que se enmarca la Tesis doctoral.

Metodología

Aparte de ser un trabajo que hace un análisis pormenorizado de la responsabilidad extracontractual del empresario en la legislación española, se trata además de una exposición, lo más objetiva posible, de lo que considera la jurisprudencia española, principalmente de la última década, respecto de este específico supuesto legal, con aportaciones tanto de derecho comparado y del nacional como de jurisprudencia internacional que ayuden a fundamentarlo y limitarlo.

Para ello, en primer lugar, se ha tenido en cuenta la bibliografía básica en materia de responsabilidad civil del empresario en el derecho español, para proceder a hacer, seguidamente, un estudio comparado del derecho europeo e internacional con las bibliografías más importantes de cada uno de ellos. También se han tenido en cuenta como referencia, de un lado, los proyectos principales europeos sobre el Derecho de daños, así como los trabajos de aproximación del propio Instituto de Derecho Privado europeo y Comparado.

En segundo lugar, se ha tenido en cuenta la bibliografía específica sobre el tema tanto para el *civil law* como para el *common law*, como base a estudiar y desarrollar las diferentes cuestiones y temas que se han ido planteando a lo largo de la Tesis doctoral.

Finalmente, se ha hecho un estudio exhaustivo de la jurisprudencia española tanto de las distintas Salas del Tribunal Supremo como de la emanada de las diferentes instancias inferiores, pero no menos importantes, para ver la aplicación práctica que se hace del tema y, por lo tanto, de su debida o indebida aplicación. Y lo mismo se ha procedido hacer con la jurisprudencia extranjera de varios países, a través de sus diferentes instancias, aunque poniendo especial énfasis en los Altos Tribunales.

Discusión

Hace tiempo que la doctrina española ha manifestado que el régimen de responsabilidad por hechos de los dependientes previsto en el artículo 1903.IV CC no es el más adecuado para hacer frente a las necesidades del tráfico jurídico actual. Por otro lado, se está produciendo una objetivación en la responsabilidad por hecho ajeno, principalmente en la persona del empresario. Aquí, que la culpa ya está presunta en la ley, la objetivación es todavía más pronunciada. Así, se produce una cierta contradicción entre la jurisprudencia y la legislación o, si se prefiere, una interpretación jurisprudencial difícilmente compatible con el tenor de la ley.

Por ello, esta Tesis doctoral pretende determinar si el régimen tradicional de responsabilidad por culpa presunta del principal, tal y como se establece en el artículo 1903.IV del CC, es coherente o no con la realidad social actual, o bien si sería más recomendable optar por un régimen de responsabilidad vicaria, es decir, responsabilidad que prescinde de la culpa del empresario pero requiere la culpa del dependiente, como disponen otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, Inglaterra, Estados Unidos o Francia. Esta cuestión no es baladí, sino que es la base de la que penderán muchos problemas que deben lidiarse a diario tanto nuestros tribunales como los de nuestro entorno, y a los que esta tesis pretende dar la mejor solución. Porque no hay que olvidar, que tratamos la responsabilidad civil de una persona o entidad jurídica que *a priori* no ha causado el daño directamente al tercero perjudicado, pero que debe responder por ello. Por eso es necesario marcar los límites de esta responsabilidad tanto para el propio empresario como para la víctima, principalmente, en aras a no interponer una demanda perdida con los costes que hoy día eso comporta.

Resultados

La problemática acabada de exponer plantea que se deba de delimitar la responsabilidad civil del principal. Para darle solución, especialmente de caras a la práctica jurisprudencial que eleva de manera excesiva el nivel de diligencia exigible al empresario, cabe replantearse, de un lado, el sistema de responsabilidad que impera actualmente, y del otro, los criterios que lo imponen.

Así, a través de los instrumentos metodológicos expuestos tanto bibliográficos como jurisprudenciales de los diferentes ordenamientos jurídicos tratados, cabe determinar que es necesario un cambio del régimen de responsabilidad del principal, pero no en todos los ámbitos, ya que en algunos que se plasman en el presente trabajo, la solución dada por nuestros tribunales apoyados por la doctrina científica, ya son correctos.

Por último, sólo cabe añadir que el resultado concreto de las diferentes problemáticas que se irán planteando a lo largo de esta Tesis doctoral, y de algunas que ya se han apuntado en las presentes páginas, se encuentran a lo largo de este trabajo así como en el apartado de conclusiones del mismo.

ABREVIATURAS

ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>
ADC	Anuario de Derecho Civil
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BIB	Bibliografía
BOE	Boletín Oficial del Estado
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
CC	Código Civil
CCJC	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
Cf.	Confróntese
cit.	Citado
coord.	Coordinador
CP	Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
dir.	Director
Ed.	Edición
EGTL	<i>European Group on Tort Law</i>
<i>et Alii.</i>	y otros
etc.	Etcétera
<i>ex</i>	Derivado de
<i>Idem / ídem.</i>	Lo anteriormente dicho
JETL	<i>Journal of European Tort Law</i>
LCS	Ley de Contrato de Seguro

LGDCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LO	Ley orgánica
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LRJAP-PAC	Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRCSCVM	Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor
núm.	Número
p.	Página
pp.	Páginas
p. ej.	Por ejemplo
PETL	<i>Principles of European Tort Law (EGTL)</i>
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
REDPEC	Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
v. gr.	<i>verbi gratia</i>
vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

Sectores relevantes de la doctrina española¹ han manifestado que el régimen de responsabilidad por hechos de los dependientes previsto en el artículo 1903.IV CC no es el más adecuado para hacer frente a las necesidades del tráfico jurídico actual. Así mismo, la jurisprudencia española de la Sala Primera del Tribunal Supremo en los últimos años, sobre todo a raíz de que el mismo ha sido completamente renovado, ha jugado un papel importante en la actual configuración de la Responsabilidad Civil por hecho ajeno. Muestra de ello es que la misma ha intentado, de un lado, superar por vías diversas las limitaciones de un régimen de responsabilidad por culpa presunta (*in eligendo* o *in vigilando*) del empresario, con el riesgo de caer, a veces, en interpretaciones difícilmente compatibles con el tenor de la ley². Y de otro, ha intentado crear una fundamentación jurídica clara, completa y unitaria sobre la materia. Es por ello, que no hay duda que ésta ha sido, es y parece que seguirá siendo, la principal protagonista en la elaboración del Derecho de daños español. Este trabajo, en buena medida, es prueba de ello.

Primeramente, esta Tesis doctoral pretende examinar si el régimen tradicional de responsabilidad por culpa presunta del principal, tal y como se establece en el artículo 1903.IV del CC, es coherente o no con la realidad

¹ Entre otros muchos, Encarna Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 51, 1998/I, pp. 20 y 21; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 301; Pedro Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 34 y ss. Más recientemente, Iris Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 207 a 209; y también, Josep Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid, Reus, 2012, pp. 5 y 6.

² Sobre esta evolución es imprescindible la obra del profesor Santiago Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987, pp. 86 a 103.

social actual, o bien si sería más recomendable optar por un régimen de responsabilidad vicaria, es decir, responsabilidad que prescinde de la culpa del empresario pero requiere la culpa del dependiente, como disponen otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo, Inglaterra, Estados Unidos o Francia³. La cuestión principal que sugiere la responsabilidad civil del empresario es la que proviene del hecho o culpa de sus dependientes. El fundamento de la responsabilidad del art. 1903.IV CC no es una responsabilidad objetiva, sino que se trata de una responsabilidad basada en la culpa del empresario *in vigilando o in eligendo*, al presumir que tiene que controlar en todo momento la actividad de sus empleados para que no se produzca lesión en sus derechos. Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha tendido a “objetivar” este régimen de responsabilidad, al exigir la prueba del agotamiento de todas las medidas de diligencia exigibles para evitar el daño⁴. Por lo que, llegados a este punto, es clara la necesidad de indagar, en primer lugar, sobre los motivos que han llevado a la jurisprudencia española a esta evolución jurisprudencial, así como si ha decaído o no la responsabilidad individual clásica basada en la prueba de la culpa, a raíz de los nuevos cambios que ha sufrido la sociedad en un mundo cada vez con mayores riesgos y en el cual todos tienden a traspasar los daños de unos a otros.

³ Miquel Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Universidad de Murcia, Servicios de publicaciones, 2011, pp. 71 y ss.

⁴ En palabras de Peña López, “no es posible encontrar una sola decisión del TS en la que se haya exonerado de responsabilidad al empresario por razón de haber acreditado un comportamiento adecuado al deber de diligencia que le es exigible”, Fernando Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José M^a Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 155. En la misma línea, entre otros, Isabel Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, Montecorvo, 1997, p. 137; Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., p. 209.

Tras este análisis, necesario para enmarcar el tema, en segundo lugar, este trabajo se ocupará de la relación de dependencia que constituye su tema central. El artículo 1903.I CC⁵ establece la vinculación con el artículo 1902 CC y la relación de dependencia. En relación con esta cuestión, se analizará si la dependencia es exclusiva de una relación contractual entre el principal y el dependiente o si, por el contrario, puede existir dependencia sin necesidad de vínculo contractual. Así mismo, y entre otras cosas, se intentará también dar respuesta a por qué la jurisprudencia española ha tenido que reinventarse debiendo de recurrir a diferentes instrumentos como, por ejemplo, la ampliación del vínculo de subordinación y dependencia más allá de los tradicionales deberes de dirección y control sobre los dependientes⁶, para poder dar respuesta a los casos relacionados con el régimen jurídico del art. 1903.IV CC. Todo ello, ayudado con doctrina y jurisprudencia comparada.

Uno de los elementos más importantes y difíciles de determinar en la mayoría de ordenamientos jurídicos es establecer la relación que tenga que existir entre el hecho ilícito cometido por el auxiliar y las tareas que el principal le ha encomendado. Por ello, en tercer lugar, se desarrollará el ámbito de las funciones encomendadas al auxiliar, ya que a tenor del artículo 1903.IV CC quien ocasiona el daño de una manera directa (el dependiente), no es el que tendrá que repararlo, sino una persona distinta, en este caso, el titular o el director de un establecimiento o empresa que responderá de los perjuicios que ocasionen sus dependientes (las personas que están en su ámbito de control y organización) en el servicio de los ramos en el que estuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Así, parece que se requiere, para que responda el principal, que los auxiliares actúen en el ejercicio de sus funciones, teniendo que existir un vínculo entre la tarea encomendada y la acción en cuestión, ya que el dependiente obra

⁵ “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de que se debe responder”.

⁶ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 18.

como instrumento o pieza indispensable para el funcionamiento de la empresa⁷. Por consiguiente, este trabajo analizará, caso por caso y en comparación con diferentes modelos que se hallan en otros ordenamientos jurídicos, el contexto de las tareas asignadas al auxiliar y valorar si pudo contribuir con su actuación a incrementar la posibilidad o el riesgo de que se causara el daño para poder imputarlo, si procede, al principal.

En cuarto lugar, el trabajo pretende abordar si es necesaria la existencia de culpa en la conducta del auxiliar, es decir, y de acuerdo con los Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, (Cf. Art.6: 102 (1) *in fine*), que “éstos hayan violado el estándar de conducta exigible”. La víctima de un hecho dañoso causado por culpa de un dependiente en el ejercicio de su relación laboral, tiene dos responsables: el autor directo del daño y el empresario de quien aquél depende. No hay duda de que la responsabilidad del principal es distinta e independiente de la que contrae el autor material de los hechos dañosos. Por lo que cabe preguntarse, si los criterios tradicionales están bien adaptados tanto a los modos de producción contemporáneos como a las estructuras de las grandes empresas, en las que no es fácil precisar la comisión concreta de culpa por parte de un solo agente, y en las que los daños son el efecto de un conjunto complejo de concausas en las que el factor humano no es siempre el más relevante. Esta previsión hace desaparecer en ella la idea de una responsabilidad por hecho ajeno para instaurar una responsabilidad directa de la empresa misma. Por lo que hay que replantearse si el modelo actual de responsabilidad es el más apropiado a la realidad de la empresa moderna actual o, si por el contrario, sería más conveniente aplicar el modelo objetivo de riesgo empresarial o una responsabilidad vicaria⁸.

⁷ Laura Gázquez Serrano, *Las nuevas tendencias Jurisprudenciales en materia de Responsabilidad civil del empresario*, Madrid, Reus, 2012, p. 13.

⁸ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 73.

En quinto y último lugar, esta Tesis doctoral se ocupará del régimen jurídico de la acción de regreso, que según el redactado del artículo 1904.I CC, el empresario que paga el daño causado por sus dependientes está facultado para repetir lo que hubiera satisfecho. El propio redactado presenta de entrada diferentes cuestiones, tales como si el principal podrá repercutir a su auxiliar el todo, o si sólo podrá repercutirle una parte de la indemnización satisfecha. Aún hoy, la doctrina española es divergente en este punto, ya que para algunos autores la práctica objetivadora del Tribunal Supremo como lo dispuesto por el artículo 1904.I CC, indica que la de los empresarios es una responsabilidad vicaria, frente la corriente que defiende que este artículo consagra un fundamento subjetivo de responsabilidad⁹.

La lectura de las siguientes cuestiones señalan que el entramado empresarial actual ha cambiado y, por consiguiente, hay ciertos sujetos que en virtud de una relación que mantienen con otros, responden de los daños producidos por éstos de modo automático, aunque en realidad deberían responder presuntamente, salvo prueba en contrario, al haber incurrido en culpa o negligencia en el desempeño de sus funciones de supervisión o de dirección.

El objetivo del presente trabajo, pues, es intentar dar respuesta y solución a éstas cuestiones que surgen del propio fundamento que rige la responsabilidad civil del empresario. Para ello, cabe poner a examen la importante aportación jurisprudencial, sobre todo de la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal, en la que se esconden visibles tendencias objetivadoras de la responsabilidad empresarial para nada acordes con el redactado de nuestro Código Civil, y que conllevan a una dificultad cada vez mayor de los empresarios para aportar prueba exoneratoria de su diligencia “in eligendo” o “in vigilando”, según lo dispuesto en el artículo

⁹ Esther Gómez Calle, “Los sujetos de la Responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013, pp. 153 y 155.

1903.VI CC. Esta dificultad es compartida por los ordenamientos jurídicos que siguen anclados actualmente en regímenes parecidos de responsabilidad por culpa presunta, como por ejemplo Alemania, lo que evidencia aún más esta problemática sobre si la actual configuración de la responsabilidad civil del empresario debe cambiar de dirección¹⁰.

¹⁰ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 15 y 16.

I. Modelos de responsabilidad civil del principal: ¿culpa presunta o vicaria?

1. La evolución histórica del artículo 1903.IV CC

El Código Civil español, aún en vigor, fue un código tardío, no sólo en comparación con otros códigos civiles europeos sino también en el proceso de codificación español. Mientras que el primer Código Penal español se promulgó en 1822 y el primer Código de Comercio en 1829, el Código Civil español no fue aprobado hasta 1889¹¹.

El Código Civil español de 1889 sigue el proyecto del Código Civil redactado y comentado por García Goyena con pocos cambios. El mismo, probablemente el antecedente más importante del Código Civil español, fue presentado al gobierno español en 1851¹². El Proyecto, organizado en tres libros, precedidos de un título preliminar y 1992 artículos, dedica el Título XXI del Libro tercero y último a “las obligaciones que se contraen sin convención”. El título consta de tres capítulos. En el primero de ellos, el más largo, dedica ocho artículos a los “cuasi-contratos”. El capítulo II, el más corto, bajo el título “de las obligaciones que nacen de los delitos”, contiene un solo artículo, que se refiere a las normas de responsabilidad civil extracontractual resultante de la comisión de delitos o faltas contenidas en el Código Penal. Finalmente, el capítulo III, bajo el epígrafe de “las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, despacha todo el régimen de responsabilidad extracontractual solamente en seis artículos.

¹¹ Miquel Martín-Casals / Albert Ruda González, “The development of legal doctrine on fault in Spanish tort law”, in Nils Jansen (ed.), *The development and making of legal doctrine* (D. Ibbetson/J. Bell [eds.], *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe*, vol. 6, Cambridge University Press, 2010, pp. 183 a 211.

¹² Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Barcelona, Base, 1973, 2 v., Tomo IV, p. 253.

El proyecto fue comentado por el mismo García Goyena y contiene anotaciones del derecho romano, del derecho tradicional español (Castellano) –Las Partidas, principalmente– y de los principales códigos vigentes en aquella época (como los códigos civiles de Alemania, Austria, Francia, Cerdeña, Nápoles, los Países Bajos, Portugal, Suiza y Luisiana), y menciona las fuentes de inspiración de las disposiciones que contiene¹³.

La disposición clave de la responsabilidad extracontractual es un principio general de responsabilidad por culpa previsto en el artículo 1900, que afirma:

“Todo el que ejecuta un hecho en que interviene algun género de culpa ó negligencia, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparacion del perjuicio ocasionado á tercero”.

Después de referirse a varios códigos civiles extranjeros, García Goyena traza esta disposición con vuelta al Digesto¹⁴ y Las Partidas¹⁵, según el cual la persona que causa daño a otro con culpa, a pesar de que puede

¹³ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., pp. 252 a 258; José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, Tomo XII, p. 618 y José María Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Reus, 1973, Tomo XII, pp. 886 y 887.

¹⁴ D. 9, 3, 2, 6.: “Habitator suam suorumque culpam proestar debet”. Pero en palabras del propio García Goyena: “[N]o es tan fácil y claro este punto en Derecho Romano. Preténdese hallarlo conforme con la disposición de este artículo, pero es muy débil y forzado el argumento sacado de una ley que se contrae al caso especial de nuestro artículo 1904”, García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 254. Así mismo, Barceló Doménech, señala que no es posible hallar un principio general de “responsabilidad por hecho ajeno” en el Derecho romano, lo que no significa que no se exigiera una responsabilidad de este tipo en algunos casos concretos. Javier Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 48.

¹⁵ P.7.15.6: “Tenudo es de fazer emienda, porque, como quier que el non fizo á sabiendas el daño al otro, pero acaesció por su culpa”.

haberlo causado sin saberlo, está obligado a compensar por ello. Esta fue la regla seguida antes del Código Civil promulgado, por lo que no puede haber responsabilidad, salvo culpa establecida¹⁶. Según García Goyena, “[E]l artículo encierra una máxima de jurisprudencia universal, fundada en un principio eterno de justicia, *sua cuique culpa nocet*; la culpa no debe perjudicar sino á su autor, y él está obligado á reparar el daño ocasionado á un tercero con ella, aunque no haya sido elevada por la ley á la categoría de los delitos ó faltas, ni de consiguiente se halle castigada en el Código penal¹⁷”.

Sin embargo, la influencia de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil francés es clara. Como se suele señalar, el principio de la responsabilidad basada en la culpa, como se establece en el Código Civil español, refleja los principios ideológicos del liberalismo y del individualismo que predominó en la era de la codificación¹⁸. De hecho, esta influencia sobre otras disposiciones es igualmente clara: tal es el caso del artículo segundo, que trata de la responsabilidad por las cosas de que uno se sirve y por los actos de los demás (art. 1901; comparar con el artículo 1384 del Código civil francés).

Así es que el Código Civil español de 1889 sigue el proyecto de García Goyena con pocos cambios. En el Capítulo II del Título XVI del Libro IV dedica nueve disposiciones a la materia bajo el título “Sobre las obligaciones derivadas de culpa o negligencia”, de los cuales, interesan los dos primeros.

¹⁶ Véase por ejemplo Juan Sala, *El litigante instruido o el derecho puesto al alcance de todos*, París, Librería de Rosa y Bouret, 1870, p. 197.

¹⁷ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., p. 253. En un sentido similar, Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1907, cit., p. 601.

¹⁸ Véase al respecto José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral, IV, Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias*, 13ava edición, revisada por José Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1986, p. 941, con más referencias.

Es claro que la piedra angular del sistema de responsabilidad extracontractual del Código Civil español sigue siendo la cláusula general de responsabilidad por culpa, incluido esta vez en el artículo 1902 CC, que establece que,

“El que por acción y omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En efecto, el Código civil español reproduce el sentido general del antiguo derecho, si bien, concordando sus preceptos con las teorías modernas, impone las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, no sólo al causante del daño, sino a veces a una tercera persona que deba responder por él, por estar ligada a éste por vínculos tales que lo hagan responsable de sus actos¹⁹. Por lo que el artículo 1903 CC, se refiere solamente a la responsabilidad por los actos de los otros, lo que elimina cualquier referencia a la responsabilidad por las cosas contenidas en el Proyecto de 1851. Como en todos los casos del artículo 1903 CC, la culpa se presume, pero sigue la misma noción de culpa.

Aunque también se tuvieron en cuenta a los tratadistas italianos para fundar la responsabilidad del empresario a través de una formulación interesante del derecho de representación para fundamentar su culpa, nuestro Código no siguió a la escuela italiana, sino que se inspiró en el criterio de la doctrina francesa, puesto que el Código Civil impone la obligación de reparar el daño causado en virtud de una presunción *iuris tantum* de culpa “por parte del que tiene bajo su autoridad ó dependencia al causante del daño, derivada del hecho de no haber puesto el cuidado y la vigilancia debida en los actos de sus subordinados para evitar dicho

¹⁹ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1907, cit., p. 598.

resultado”²⁰. Es decir, esta responsabilidad se fundamenta en la existencia de la verdadera culpa, ya que sin culpa o negligencia del patrono, dueño, director, etc., no existe el deber de indemnizar²¹.

Vamos a centrarnos en la evolución de la responsabilidad extracontractual y como ha sido aplicada por la doctrina y por la Sala Primera o Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español (en adelante Tribunal Supremo), durante el siglo XX, en aplicación a las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual incluidas en el Código Civil español y, en concreto, en la responsabilidad civil por hecho ajeno.

El sistema de responsabilidad extracontractual diseñado por el Código Civil de 1889 se basa en gran medida en la responsabilidad por culpa, pero también contiene unos pocos casos de responsabilidad objetiva. Sin embargo, tal vez debido a la falta de claridad de los redactores, en el último siglo los estudiosos del derecho han estado discutiendo si algunos de los casos específicos de responsabilidad civil establecidos en el Código que establecen un régimen de responsabilidad por culpa, son en realidad, un régimen de responsabilidad objetiva, o un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba. El acuerdo total no se ha alcanzado todavía²². Muestra de ello, es que ya a mediados del siglo XX, la doctrina civilista opinaba que en la esfera del derecho civil, el sistema objetivo es contrario a las intenciones y concepciones de los redactores del código. No obstante, al establecer nuestra ley civil, en ciertos casos, presunciones de culpa (que a veces ni siquiera admiten prueba en contrario),

²⁰ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1907, ídem, pp. 878 a 879; Jaime Santos Briz, *Derecho de Daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962, pp. 282 a 291.

²¹ Antonio Borrell Macia, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª Ed., Barcelona, Bosch, 1958, pp. 155 a 175.

²² Martín-Casals / Ruda González, “The development of legal doctrine on fault in Spanish tort law”, cit., p. 188.

llega a resultados análogos a los del sistema objetivo²³. De la misma opinión es Santos Briz, al señalar que “cierta parte de la doctrina moderna estima artificiosas las presunciones de culpa del artículo 1903; por ello considera que esta responsabilidad de padres y empresarios, basada en presunciones de culpa, nunca desvirtuadas, es más bien una responsabilidad objetiva propiamente dicha”²⁴.

El principio fundamental de la responsabilidad civil por hecho ajeno, deriva de los daños y perjuicios causados por las personas que el responsable tuviera bajo su custodia o dependencia, ya que son extraños al obligado los actos u omisiones determinantes del daño reparable, pero en las que no deja de haber una razón o un motivo de culpa por su parte. Por la misma razón, “aquel que por su industria, por su profesión o por otras circunstancias, tuviere alguna otra persona á su servicio ó bajo su dependencia o custodia -como sucede á los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa respecto de sus dependientes-, debe exigir de ella que cumpla su cometido con la actividad y diligencia necesarias. Y si por faltar á éstas diere origen a un perjuicio, deben venir obligados á indemnizar al perjudicado aquel que tuviera á su servicio ó bajo su vigilancia al que causó el daño, ya por no haber tenido el debido celo en la inspección de los actos de sus dependientes ó subordinados, ya porque careciendo éstos, por regla general, de los medios de indemnizar personalmente, no es justo que el que sufre un daño por causa de otro se vea privado de acción suficientemente eficaz para reclamar su reparación”²⁵.

²³ José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas*, T. II, *Obligaciones y contratos. Régimen matrimonial de bienes. Prescripción*, 3ª, Madrid, Reus, 1931, p. 805.

²⁴ Jaime Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIV, 2ª Ed. (1997- 3ª Ed. y 1ª Ed. 1978), Madrid, Edersa, 1982, p. 564.

²⁵ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1907, cit., pp. 607 a 609.

Esta afirmación, aunque parezca dura, es de indiscutible justicia, especialmente en los daños causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones, pues es mucho más equitativo y justo que recaiga dicha responsabilidad sobre el principal o director que pudo elegir otro dependiente cuidadoso y prudente, que no sobre el perjudicado que no pudo tener esta elección, y que si se valió de dicho dependiente, fue tan sólo por la confianza que le inspirara dicho principal o director²⁶.

Es importante observar que la responsabilidad por hecho ajeno, anclada en el sistema subjetivista que sigue el Código Civil, viene revestida por la doctrina y la jurisprudencia modernas de cierto matiz objetivista, mencionado, por ejemplo, en la STS 10.3.1983 [RJ 1983\1469], sobre los daños producidos por un niño de nueve años a un amigo suyo, en la que el Alto tribunal declaró a los padres responsables en base a la presunción de culpa con inversión de la carga probatoria, lo que comportó “la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad”²⁷. A ello no es extraño la vigorosa prueba de la diligencia empleada in *vigilando* o in *eligendo*, aunque no baste, como indica la STS 3.10.1961 [RJ 1961\3276], para constituir responsabilidad el mero hecho de la dependencia, sino que en principio al menos ha de ser atribuible al dependiente un acto u omisión culposo o negligente, aunque la responsabilidad del empresario sea directa y no subsidiaria.

²⁶ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1973, cit., pp. 868 a 869.

²⁷ Textualmente se citó que: “la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos «in potestate», a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia «in custodiando» o «in vigilando» que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del precepto, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo «una rigurosa prueba de la diligencia empleada» atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto”.

También se indica en diferentes sentencias que el artículo 1903.IVCC se trata de un precepto subjetivo, tal y como lo afirmó la STS 2.12.1968 [RJ 1968\55], cuando señaló que “el artículo 1903 queda al margen de lo puramente objetivo”. Y en el mismo sentido, la STS 24.2.1969 [RJ 1969\995]²⁸, estimó suficientemente cumplido el deber de diligencia del empresario, exonerándole, por lo tanto, de responsabilidad²⁹.

Así es que, según el párrafo último del art. 1903 CC, cesa dicha responsabilidad cuando se prueba que los obligados por los actos ajenos, emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia. Luego, no es la causa de la obligación impuesta la representación ni el interés, ni la necesidad de que haya quien responda del daño causado por el que no tiene personalidad ni garantías de solvencia para responder por sí, “sino el incumplimiento implícito ó supuesto de los deberes de precaución y de prudencia que imponen los vínculos civiles que unen al obligado con las personas por quienes debe reparar el mal causado. Por ese motivo coloca dicha obligación entre las que provienen de la culpa ó negligencia”³⁰. Por lo que es claro que vierte sobre el empresario una rigurosa prueba de la diligencia empleada para demostrar que tomó las medidas adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1903 CC, lo que comporta la inclusión de un marcado carácter

²⁸ El Alto Tribunal estimó suficiente la prohibición impuesta por parte del empresario al dependiente conductor de admitir, en su vehículo, pasajeros de cualquier clase y condición ajenos al tráfico de la empresa: “[R]esulta evidenciado que Millán, SL puso de su parte cuanto estaba en sus posibilidades ya que no tenía a su alcance la vigilancia material y física de la actuación de Felipe C., como conductor de la furgoneta para prevenir el daño”. Al desobedecer las órdenes del empresario, se aplica el último párrafo del art. 1903 CC.

²⁹ Por todo ver, Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 564.

³⁰ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1907, cit., pp. 617 y 618 y Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1973, cit., p. 885.

objetivo en dicha responsabilidad³¹. Es evidente la contradicción de la propia jurisprudencia, y de la que aún hoy se hace eco, en base al propio redactado del artículo 1903 CC entre su párrafo cuarto y sexto, cuando quién causa un daño es un dependiente que tiene a un empresario detrás muy solvente. La razón es bastante obvia ya que, de un lado, se pretende aplicar lo que la legislación manda, hasta aquí nada que objetar, pero seguidamente, ante la necesidad de tener que resarcir a la víctima que ha sufrido el daño y al que su autor directo no puede hacerle frente, se termina por objetivar la responsabilidad del empresario aunque haya sido diligente.

Ya la STS 29.3.1933 [RJ 1933\1587], declaró que el artículo 1903 CC establece una responsabilidad civil indirecta que se fundamenta, por motivos de convivencia social, en la obligación de vigilancia sobre las cosas que están bajo la vigilancia de las personas que el citado precepto cita, y en la cautela debida en la elección del servidor, ya que la deficiente vigilancia o la mala elección no pueden ser nunca racional justificación que oponer al derecho ajeno de no sufrir daño. Si bien la responsabilidad civil dimanante de hechos culposos o negligentes realizados por el empleado de una empresa mercantil o industrial es gobernada por el artículo 1903 CC con criterio subjetivo, a base de una presunción de culpa de la empresa, que ésta puede enervar demostrando que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el hecho culposo, la jurisprudencia viene imponiendo a dicha responsabilidad cierto matiz objetivista, en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario, en cada caso concreto, para desvirtuar la presunción de culpabilidad, sin que baste el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tiendan a prevenir los siniestros³²; tendencia en la que es preciso insistir por

³¹ Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 569 y 570.

³² En efecto, también la jurisprudencia más moderna declara que “no basta para exonerar de responsabilidad la circunstancia de que se cumplieran o existieran determinadas medidas encaminadas a evitar el daño, si la realidad demostró, al ocurrir éste, que no eran suficientes”. Véase STS 20.10.2011 [RJ 2012\424].

razones de convivencia social, que imponen la rigurosa aplicación del principio *neminem laedere* y su obligada consecuencia de reparar el daño causado³³.

Así, se responde de los actos realizados en virtud de la misión encomendada, ya sea ésta más o menos permanente, gratuita o retribuida³⁴, siempre y cuando aparezca con claridad la relación o nexo entre el que ordena el servicio y el que lo cumple, aun cuando el causante del daño haya obrado con imprudencia que pueda calificarse de temeraria o sea consecuencia de haber realizado, en el curso del servicio, algún acto sin autorización del principal, no necesario ni conveniente para el cumplimiento del cometido encargado; e incluso –no siendo ésta la causa única y directa del accidente– que haya infringido alguna disposición reglamentaria³⁵. Pero, si realiza el acto fuera de sus atribuciones –por cuenta propia, aunque sea valiéndose del cargo– no repercute al principal la responsabilidad³⁶.

Más allá de cualquier duda, es claro que el artículo 1902 CC, la piedra angular de todo el sistema, establece una responsabilidad por culpa y que, en todos los casos de responsabilidad por los actos de los demás establecidos en el artículo 1903 CC, el sistema establecido por el Código es

³³ Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, 1973, cit., pp. 885 y 886.

³⁴ STS, criminal, 10.3.1952 [RJ 1952\404].

³⁵ Véase STS 18.10.1928, *Colección Legislativa de España*, Tomo 185, 1928, pp. 870 a 877.

³⁶ STS 13.6.1929, *Colección Legislativa de España*, Tomo 189, 1929, pp. 814 a 819. La apropiación mediante engaño, de unos valores realizada por un portero del Banco de España, no guarda relación con el servicio subalterno que desempeñaba, distinto del de encargado por un particular para depositar cantidades en la sección de valores. La responsabilidad establecida lo es en razón a que el autor del hecho culposo es dependiente o está a la orden del que responde subsidiariamente y no en razón a que sea propiedad de ésta la cosa que materialmente causa el daño. Véase al respecto Borrell Macia, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, cit., pp. 170 y 171.

el de la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba³⁷. Esta idea se expresa claramente en el artículo 1903.VI CC, último párrafo, donde se establece que,

“[L]a responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

Aun la evidente diferencia del complejo tramado empresarial actual con el de sus inicios, el problema aquí es, como se verá, que el conocimiento de estas disposiciones por parte de los tribunales españoles y su interpretación es de difícil conciliación con el redactado del Código Civil.

³⁷ Así, por ejemplo, la STS 22.4.1957 [RJ 1957\2153], cita textualmente: “la responsabilidad de un hecho ilícito realizado por quien le está subordinado, no propio, se funda en la presunción de culpa por su parte ya sea «in eligendo» ya «in vigilando» de la que no le exonera más que la demostración de que ha procedido con la diligencia de un buen padre de familia”.

2. El cambio de modelo organizativo empresarial

Todos los sistemas jurídicos contienen regímenes especiales de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados. Así mismo, el Proyecto del Marco Común de Referencia (DCFR) y los Principios de Derecho de Daños Europeo (PETL), contienen disposiciones similares. La responsabilidad por los hechos de los dependientes admite dos fundamentaciones: una basada en la culpa del dependiente (responsabilidad vicaria) y otra en la del mismo empresario (responsabilidad por culpa)³⁸. Estas reglas datan principalmente del siglo XIX y principios del siglo XX. A pesar de los cambios importantes de las actividades comerciales e industriales en la forma en que están organizadas, estas reglas de responsabilidad apenas han cambiado³⁹.

Sin embargo, existe un cierto consenso internacional en que el modelo tradicional de responsabilidad por culpa presunta del empresario por los daños causados por sus auxiliares no se adapta a la realidad actual. Parte del motivo es que este modelo empresarial tradicional que regula nuestro Código Civil del siglo XIX parece haber caducado. El mismo se creó para potenciar el desarrollo industrial imperante en esa época en la que dominaba el empresario individual que conocía a sus dependientes⁴⁰, ya que él mismo los escogía, instruía y vigilaba de manera personal, por lo que es clara la responsabilidad del empresario por culpa *in vigilando, in instruendo o in eligendo* por los daños causados por sus dependientes. De ahí que el modelo tradicional de culpa presunta del empresario sirva para paliar los efectos de esos daños en estos términos, pero que no tienen cabida hoy.

³⁸ Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., pp. 86 y 87.

³⁹ Cees Van Dam, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 511.

⁴⁰ Josep Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, ponencia a las XVI Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar, Documenta Universitaria, 2012, p. 4.

Actualmente, la relación entre el empresario y sus auxiliares carece ya de ese carácter personal y directo, lo que obviamente hace difícil el cálculo de la responsabilidad del principal en términos de la clásica regla de culpa presunta del principal, tal y como hace todavía el artículo 1903.IV CC. Así, el posterior y radical cambio industrial actual ha reconvertido a las empresas y, en consecuencia, “las organizaciones empresariales actuales son complejas y anónimas, de manera que el centro de atención se traslada de la conducta individual a la actividad organizativa”⁴¹. Esto es así porque el empresario individual ha perdido peso frente la aparición de estas grandes organizaciones empresariales.

En efecto, los nuevos modelos empresariales ya no se basan exclusivamente en una relación vertical o de dependencia. La complejidad de la situación empresarial actual, revela el problema de delimitar el sujeto titular del poder de dirección, entre otras causas, bien por la implantación de las relaciones horizontales, bien por repartir el trabajo entre diferentes directivos. Lo que conduce inevitablemente a que la relación entre trabajadores y empresa sea inestable, impersonal e indirecta. Así mismo, la introducción de los trabajadores a tiempo parcial, de trabajadores temporales provenientes de Empresas de Trabajos Temporales (ETT) o de la utilización de voluntarios para tareas empresariales, por ejemplo, no ayudan a la cohesión empresarial. En estos últimos casos, no hay que olvidar que no existe vínculo entre el trabajador de la empresa de trabajo temporal ni de los voluntarios con la empresa usuaria⁴² o el principal, respectivamente. De este modo, el modelo de responsabilidad que parece encajar mejor en este nuevo y complejo entramado empresarial es el de responsabilidad vicaria, ya que al responder objetivamente el principal por los daños causados por sus

⁴¹ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 2.

⁴² Carmen Sánchez Hernández, “La «relación de dependencia» y el art. 1903.4º del Código Civil”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2009, nº 22, p. 47.

auxiliares, se pierde la idea de la solidaridad personal⁴³, lo que se ajusta más a esta realidad.

En conclusión, no hay duda de que este modelo artesanal ha quedado obsoleto en nuestros días. La gran industrialización ligada al crecimiento económico, intercambio de bienes y servicios de gran escala y el aumento de la actividad económica, en general, ha cambiado la realidad social actual. Es claro que hoy día es difícil encontrar empresarios individualmente considerados, lo que conlleva a la casi desaparición del estrecho vínculo entre el empresario y el dependiente que apuntábamos anteriormente⁴⁴. Todo ello conduce, inevitablemente, a que no se pueda aplicar mayoritariamente este modelo en las estructuras organizativas actuales y, por ello, junto a un cambio social debe ir un cambio de modelo de responsabilidad que se ajuste a sus necesidades.

⁴³ Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., pp. 86 y 87.

⁴⁴ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 38.

3. Los modelos de responsabilidad civil del principal

Al principio de este trabajo, se apuntaba que la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno regulan la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares, bien a través del modelo que retiene la culpa del principal como fundamento de su responsabilidad, aunque se sirve del mecanismo de las presunciones para facilitar la actividad probatoria del demandante⁴⁵, bien a través del modelo más extendido en Europa, el de “responsabilidad vicaria”, que parte de la responsabilidad objetiva del principal por los daños causados por la conducta culposa de sus auxiliares⁴⁶. Por ello, y a raíz de lo expuesto hasta ahora, este apartado pretende analizar qué modelo encaja mejor en nuestro derecho según las características de cada uno de ellos. En particular, en qué medida podría conciliarse el juego de los artículos 1903.IV y VI del Código Civil español, según propone cierto sector de la doctrina y alguna jurisprudencia⁴⁷, con los fines perseguidos por el régimen de responsabilidad vicaria.

⁴⁵ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 8.

⁴⁶ Suzanne Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 302 y ss. Más recientemente, Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 22.

⁴⁷ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301; Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 34 y ss.; Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., pp. 207 a 209 y últimamente, Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 5 y 6. Jurisprudencialmente, STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291].

3.1. Responsabilidad del principal por culpa presunta

En el derecho español, la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes, como ya se ha expuesto anteriormente, se regula en el art. 1903.IV CC. Conforme a este precepto, el empresario es responsable por los “perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. El mismo art. 1903 CC, en su inciso final, establece la regla de exoneración de la responsabilidad del empresario, por lo que si éste no puede acreditar que ha adoptado la diligencia requerida por las circunstancias para evitar el daño, deberá responder ante la víctima por culpa presunta.

Este modelo también es seguido por el derecho alemán. El mismo propugna en su § 831 BGB, que cualquiera que haya utilizado a otra persona para una tarea (*zu einer Verrichtung bestellt hat*) es responsable por los daños ilícitamente causados por esta persona en el cumplimiento de la tarea. Así mismo, el principal tiene dos defensas o causas de exoneración para no responder civilmente. De un lado, debe probar que fue diligente en la selección y supervisión de los empleados y, de otro, debe demostrar que el daño también se hubiese producido aunque hubiera tomado tal cuidado razonable. Por consiguiente, el § 831 implica una responsabilidad por culpa con una inversión de la carga de la prueba al igual que el derecho español⁴⁸.

3.1.1. El régimen del artículo 1903.IV y su evolución

Sobre el fundamento de la responsabilidad del empresario *ex art.* 1903.IV CC se pueden distinguir tres posiciones doctrinales. De un lado, la posición tradicional que considera que la responsabilidad del empresario en el art. 1903.IV CC constituye un supuesto de responsabilidad por hecho

⁴⁸ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 503.

ajeno, que se basa en su culpa *in eligendo* o *in vigilando* y se presume *iuris tantum*, de acuerdo con la regla del art. 1903.VI CC⁴⁹. De otro lado, un sector relevante de la doctrina ha defendido que el Código Civil acogió un sistema de responsabilidad por culpa presunta, con elementos de responsabilidad vicaria, especialmente en base al art. 1904.I CC, que faculta al empresario que paga el daño causado por sus dependientes a repetir de éstos lo que hubiese satisfecho⁵⁰. Por último, un sector más reciente de la doctrina, aconseja optar directamente por un régimen de responsabilidad vicaria del empresario por los hechos de sus dependientes, principalmente y entre otras razones, en que cargar las consecuencias de la acción negligente del auxiliar al principal con independencia de la culpa de éste, concuerda con la idea de hacer responder a quien disfruta del beneficio de dicha actividad⁵¹.

⁴⁹ En concreto, Barceló Doménech cita que “el art. 1903 CC es responsabilidad por culpa presunta y no objetiva tal y como “refuerza” el art. 1904 CC y el artículo 22.1 CP (actual 120.4 CP) norma que sirve para reinterpretar el art. 1903 CC más conforme a la realidad social de nuestro tiempo, según dispone el art. 3.1 del CC, en Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 179 y ss.; Luís Díez-Picazo / Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10ª Ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 346 y Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 138 y ss.

⁵⁰ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301.

⁵¹ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 74 y 75; José Luís Lacruz Berdejo / Francisco de Asís Sancho Rebullida / Agustín Luna Serrano / Jesús Delgado Echeverría / Francisco Rivero Hernández / Joaquín Rams Albesa, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5ª Ed., Madrid, Dykinson, 2013, p. 497. Recientemente, Fernando Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 13005 y ss.

Esta última posición doctrinal referente al modelo de la responsabilidad vicaria del principal por la actuación negligente de sus auxiliares es la solución más común extendida en los países de nuestro entorno, y la gran diferencia con nuestro modelo de responsabilidad es que éste parte de la responsabilidad objetiva del principal siempre y cuando los daños sean causados por la conducta culposa de sus auxiliares⁵². Este modelo se estudiará más adelante, en este mismo capítulo, a través de los sectores relevantes tanto de la doctrina española como extranjera⁵³.

El artículo 1903.IV CC presenta la postura clásica de la responsabilidad del principal por los daños causados por sus dependientes, es decir, intenta imputar una culpa propia o personal al empresario civilmente responsable. El fundamento de esta postura clásica se encuentra, como ya se ha apuntado anteriormente, en la responsabilidad que se otorga al empleador ya sea en la elección del dependiente (culpa *in eligendo*), ya en su vigilancia o supervisión (culpa *in vigilando*)⁵⁴. Así, responderá el empleador directamente por culpa propia y presunta de los hechos ilícitos que causen sus dependientes por no poner el cuidado y la vigilancia debida sobre los actos de sus subordinados para evitar el daño, a menos que pruebe que ha actuado con la diligencia de un buen empresario para prevenir el daño, tal y como establece el inciso final del artículo 1903 CC. Según éste, se presume *iuris tantum* la culpa del empresario, el cual puede liberarse de responsabilidad si demuestra que empleó la diligencia (*in eligendo* o *in*

⁵² Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., pp. 302 y ss.; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 22.

⁵³ Véase *infra* I.3.2.

⁵⁴ Algunos autores hablan también de dirección, control e inspección (culpa *in inspiciendo*) o en la instrucción del mismo (culpa *in instruendo*), en Zelaya Etcheagaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 34 y 35.

vigilando) adecuada para evitar el resultado lesivo⁵⁵. En efecto, deberá probar que no hubo negligencia ni culpa en su actuar, ya que se trata de una responsabilidad por culpa derivada de la interpretación *a contrario* del último párrafo del art. 1903 CC, del cual se infiere que hay una prueba de no culpa⁵⁶. Dicha diligencia dista de lo estipulado en el artículo 1902 CC de culpa propia, en que el empresario deberá probarlo mediante la inversión de la carga de la prueba de la culpa⁵⁷.

La doctrina precedente y coetánea al momento de redacción del precepto, pone de manifiesto que la presunción *iuris tantum* de la culpa empresarial se encuentra intrínsecamente vinculada a los orígenes del precepto⁵⁸. Así, por ejemplo, en los comentarios al art. 1901 del Proyecto de Código Civil de 1851, García Goyena afirmaba que “la ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas en este artículo; pero al final del mismo se les reserva el derecho de probar que

⁵⁵ Jurisprudencialmente encontramos, entre otras, las SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 6.3.2007 [RJ 2007\1828] y 10.10.2007 [RJ 2007\6813]. Doctrinalmente, Esther Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, Civitas, Thomson Reuters, 2011, p. 1472, y Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., p. 92.

⁵⁶ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p.171 y Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 153 y 154.

⁵⁷ Así, el 1903 CC agrega al 1902 del mismo código una simple presunción legal de culpa que puede ser destruida por la prueba en contrario, en Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 155.

⁵⁸ Si bien Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., p. 90, al referirse al art. 1901 del Proyecto Código Civil de 1851, y con base en la influencia del art. 1384 *Code* napoleónico, lo califica como influido por “la teoría presuntiva, aunque con algunos rasgos de responsabilidad vicaria”. Sin embargo, como pone de manifiesto Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 143, “el Proyecto de García Goyena –y luego el Código Civil que le siguió– se apartó considerablemente de las pautas marcadas por el *Code* y por aquellos códigos que imitaron a éste”.

emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”⁵⁹. También Manresa y Navarro, tras exponer la posición de ciertos sectores de la doctrina italiana que proponían para el país vecino una lectura de la citada presunción de culpa en términos de presunción *iuris et de iure*, señala en sus *Comentarios* que la presunción dispuesta en el art. 1903.VI CC “no es absoluta o *juris et de jure*, sino *juris tantum*, y por consiguiente, cede a la prueba en contrario”⁶⁰.

Sin embargo, ya hacia los años 30 del siglo pasado, algunos autores advertían de las dificultades de un régimen de estas características para hacer frente a los riesgos de la vida industrial. Valverde⁶¹, entre otros, a pesar de ser plenamente consciente de que el régimen legal previsto en el art. 1903 CC se basaba en “la presunción de que ha habido falta en todos los casos comprendidos en este artículo”, y de que esta presunción “es *juris tantum*”, opinaba que “la responsabilidad de los maestros y directores de establecimientos debe fundarse en otra causa distinta que la culpa o negligencia, que es la admitida por el Código y prescindiendo aquí de las distintas teorías expuestas para justificar tal responsabilidad, diremos que *la tendencia más generalmente admitida hoy, es que la referida responsabilidad es sólo aplicable por la teoría del riesgo profesional (...) pues es más racional suponer que tales daños sean consecuencia o efectos*

⁵⁹ García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., pp. 253 a 255. Según el art. 1901 del Proyecto de 1851, “[L]a obligación espresada en el artículo precedente no se limita á la reparacion de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se estiende á la de los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia, ó por las cosas de que uno se sirve ó tiene á su cuidado. (...) Lo son igualmente los dueños ó directores de un establecimiento ó empresa, respecto de los perjuicios causados por sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados”.

⁶⁰ Véase Manresa y Navarro, *Comentarios al Código civil español*, cit., 1907, pp. 611, 617 y 618. En la misma línea, Castán Tobeñas, *Derecho Civil español común y foral obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas*, T. II, *Obligaciones y contratos. Régimen matrimonial de bienes. Prescripción*, cit., p. 806.

⁶¹ Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil español*, T. III. *Parte Especial. Derechos personales o de obligaciones*, 4ª Ed., Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1937, p. 792.

de una empresa, que no atribuir la responsabilidad a una falta de diligencia que en muchas ocasiones no hay, y en otras es difícil probar que se obró con toda diligencia” (énfasis añadido).

3.1.2. De la inaplicación del párrafo VI del artículo 1903 CC a una interpretación y aplicación jurisprudencial flexible y generosa del precepto

Es claro que la regla de la culpa del empleador para hacer frente a las responsabilidades que derivan de las estructuras empresariales actuales, no funciona y muestra los déficits que sufre el artículo 1903.IV CC, que gran parte de ellos se deben a la gran despersonalización existente entre las relaciones de los empresarios con sus auxiliares. Para solventar el problema, entra en juego la Sala Primera del Tribunal Supremo a través de una interpretación y aplicación jurisprudencial flexible y generosa del precepto. En este sentido, es ya conocida la evolución de ésta jurisprudencia la cual, a pesar de reconocer formalmente la posibilidad de que el principal se libere de toda responsabilidad de acuerdo con el último párrafo del art. 1903 CC, en la práctica se hace muy difícil –por no decir imposible– encontrar sentencias que permitan esta posibilidad de exoneración⁶².

Esto mismo sucede en el derecho alemán que también trata un régimen de responsabilidad presunta del empresario, y que permite exonerar al principal de responsabilidad si ha sido diligente en la selección y supervisión de sus auxiliares, así como si demuestra que el daño se hubiera producido igualmente a pesar de tomar todas las medidas necesarias. El motivo radica en que los tribunales alemanes, generalmente, requieren que el principal actúe con un alto nivel de diligencia, lo que conlleva que el §

⁶² Entre otras, las SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 6.3.2007 [RJ 2007\1828] y 10.10.2007 [RJ 2007\6813].

831, en su aplicación práctica, se acerque más a una regla de responsabilidad objetiva⁶³.

En efecto, a día de hoy, aunque nuestro Alto Tribunal no se haya postulado específicamente en que basta sólo una conducta suficiente del empleado para causar el daño para que responda el principal, es obvia la progresiva interpretación objetiva de su diligencia y que ha sido especialmente virulenta en relación con la responsabilidad del empresario, siendo imposible encontrar alguna sentencia que lo exonere en aplicación del último párrafo del art. 1903 CC⁶⁴. Nuestra doctrina desde hace tiempo viene haciéndose eco de esta evidencia, y afirma que “no es posible encontrar una sola decisión del Tribunal Supremo en la que se haya exonerado de responsabilidad al empresario por razón de haber acreditado un comportamiento adecuado al deber de diligencia que le es exigible”⁶⁵. Es de la misma opinión Zelaya Etchegaray⁶⁶, que además de señalar que no conoce sentencia alguna que exima de responsabilidad al empresario por haber acreditado éste la diligencia de un buen padre de familia en la selección, vigilancia y control de la actividad de sus dependientes, apunta que las sentencias que pudieran aducirse como ejemplos de lo contrario son –si se las analiza con detalle–, claros supuestos de extralimitaciones laborales en el ejercicio de las funciones⁶⁷, o bien supuestos donde no se ha acreditado culpa *in operando* en el dependiente que materialmente causó el daño

⁶³ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 502 y 503.

⁶⁴ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 3ª Ed., 2009, p. 2161.

⁶⁵ Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José Mª Peña López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 155.

⁶⁶ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 186 y 187 y ver nota 261.

⁶⁷ Como, por ejemplo, las SSTs 6.3.2007 [RJ 2007\1828], 10.10.2007 [RJ 2007\6813] y 6.5.2009 [RJ 2009\2914], comentadas más adelante.

respectivo⁶⁸. Por lo que es la ausencia de alguno de los otros presupuestos necesarios para declarar su responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC los que hacen que no deba responder.

Así lo constata la STS 16.10.2007 [RJ 2007\7102], cuando indica la necesidad de que el auxiliar actúe de modo culposo para que responda civilmente el empresario. La misma trata un caso de muerte a consecuencia de la ingesta, por parte de la propia víctima, de cianuro potásico. Para el Tribunal, al no haber negligencia en la actitud del dependiente, “no hay infracción del art. 1903 CC, que sanciona la responsabilidad por hecho ajeno, porque su aplicación, centrada en la existencia de una culpa “in eligendo” o “vigilando”, exige la previa declaración de culpa extracontractual por parte de la persona de que se debe responder, respecto de la cual se ha producido la deficiente elección como empleado del establecimiento o la falta de la vigilancia adecuada en el desempeño del trabajo encomendado”. Por lo que, si no hay culpa del dependiente (no se da el art. 1902 CC), no puede accionarse la responsabilidad del art. 1903.IV CC en la persona del empresario, responsabilidad que necesita de la existencia de culpa del dependiente.

También la STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828] no hace responder al principal, una entidad bancaria, no porque el principal actuara con la diligencia exigible que predica el art. 1903.VI CC, sino en atención a que se estaba ante un supuesto de extralimitación laboral, porque quedó probado que la víctima conocía razonablemente que el agente que causó el daño actuaba fuera y con total desvinculación de las funciones encomendadas. Así pues, no procedía declarar la responsabilidad de la entidad bancaria por el hecho culposo de su auxiliar, en la medida que el banco había advertido al demandante que la firma de conformidad no era aceptada y que el director se había extralimitado en sus funciones. En palabras del Alto Tribunal, “debe considerarse que el Banco actuó con la diligencia exigible al

⁶⁸ Tal y como fue el caso de la STS 16.10.2007 [RJ 2007\7102] seguidamente expuesta.

supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prestatario”.

A) *LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EMPLEADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO PARA “OBJETIVAR” LA CULPA DEL PRINCIPAL*

a) *Imposibilidad de acreditar la diligencia debida*

Por ello, estos datos no hacen más que confirmar la posición de la doctrina jurisprudencial que motiva que sea prácticamente inviable la exoneración de responsabilidad civil del empresario. Es claro que los tribunales incrementan las dificultades del empleador para probar el cumplimiento de su diligencia exigible: extienden los deberes de diligencia de las actividades de elección y vigilancia a la organización, proyección, distribución, así como en el control y dirección de la empresa. Por consiguiente, el mero cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias es considerado insuficiente para revocar la presunción de culpa⁶⁹.

Una posible argumentación para comprender esta tendencia jurisprudencial de elevar el nivel de diligencia exigido al empresario es la necesidad de facilitar la indemnización al perjudicado, consiguiendo a la vez su total protección. De modo que no es nada frecuente que dicha diligencia pueda producir culpa exculpatoria prevista en el último párrafo del art. 1903

⁶⁹ Cavanillas Múgica, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, cit., pp. 94 y 95. Recientemente, la STS 20.10.2011 [RJ 2012\424] cuando cita que “no es suficiente el cumplimiento de las normas y reglamentos, debiendo el empresario extremar su diligencia”.

CC⁷⁰. Todo ello aboca a lo que apunta Martín-Casals sobre que el sistema de responsabilidad civil se ha convertido en la práctica en un auténtico sistema de responsabilidad vicaria en el que el principal responde prescindiendo de su culpa⁷¹. Y es que de ello se deduce que se aplica al art. 1903.IV CC el mismo rigor que en la responsabilidad de los padres por el daño causado por sus hijos al establecer, dicho artículo, una presunción de culpa que evidencia un primer paso hacia la objetivación de esta responsabilidad. Así, difícil es que prospere la prueba de descargo que el precepto prevé, ya que el rigor exigible para destruir la presunción legal coloca al empresario en una situación poco favorable⁷².

En efecto, como destaca Cavanillas Múgica, el instrumento que utiliza la jurisprudencia para lograr esta restricción probatoria, consiste en “exigir una «vigorosa» o «rigurosa» prueba de la diligencia”⁷³. Del mismo parecer es Martín-Casals⁷⁴, como ya se apuntaba anteriormente, al opinar que “en la práctica este sistema de responsabilidad por culpa se diluye de forma importante porque la jurisprudencia dificulta en gran manera que el responsable pueda exonerarse mediante la prueba de su diligencia *in eligendo* o *in vigilando*. Esta tendencia jurisprudencial se manifiesta especialmente en el ámbito de la responsabilidad de los empresarios por hechos de sus dependientes, y ha hecho que un sector minoritario de la doctrina considere –con razón– que en estos casos el sistema de responsabilidad civil se ha convertido en la práctica en un auténtico sistema

⁷⁰ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 182 y 183.

⁷¹ Miquel Martín-Casals, “Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 7170]”, a *CCJC* Setiembre/Diciembre 2007, núm. 75, p. 1202.

⁷² Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 185.

⁷³ Cavanillas Múgica, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, cit., p. 95.

⁷⁴ Martín-Casals, “Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 7170]”, cit., p. 1202. Ver también Luís Lacruz Berdejo *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., p. 497.

de responsabilidad vicaria en el que el principal responde prescindiendo de su culpa”.

Así mismo, el mero hecho de que no pueda exonerarse de responsabilidad, se contradice con la posibilidad de ejercitar el derecho de regreso que reconoce el art. 1904.I CC, por la totalidad, para algunos autores⁷⁵, o solo por la parte de culpa del dependiente para otros, de la indemnización pagada por el empresario contra el empleado autor del daño.

En efecto, estos argumentos, para nada vacíos de contenido, han hecho surgir modernas tendencias doctrinales españolas que afirman que el empresario debe responder objetivamente, lo cual basan en una interpretación conjunta de los arts. 1903. IV, VI y 1904.I todos del Código Civil, en términos de responsabilidad vicaria⁷⁶. Aunque estos autores aboguen por entender que los artículos 1903.VI y 1904.I CC deberían concebir una responsabilidad vicaria, el Tribunal Supremo toda vía hoy no ha dado este paso. El mismo, cuando aplica esta responsabilidad en la persona del empresario, lo sigue haciendo basándose en su culpa propia, ya sea *in vigilando* o *in eligendo*.

⁷⁵ Sobre esta cuestión *vide infra* el siguiente apartado de este mismo capítulo así como el capítulo V de este trabajo que trata el tema específicamente. Encarna Roca Trías / Mónica Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 6ª Ed., 2011, p. 157. Para estas autoras, brevemente, si el empresario quiere repetir por el todo tal y como indica y permite literalmente el art. 1904.I CC, necesariamente se debe tratar de una responsabilidad vicaria, ya que el empleador responde ante la víctima como garante del hecho de sus empleados, mas no por culpa propia, pudiendo repercutir al empleado todo lo que ha satisfecho. Así, se llega a una solución próxima a la prevista en el Código Penal, cuyo art. 120 prescinde de la culpa del empresario al declararle responsable civil subsidiario por los delitos de sus empleados. Si la responsabilidad es por culpa, sólo podrá repercutir al dependiente la parte de culpa que ha tenido éste en la causación del daño.

⁷⁶ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21, y Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301.

Todo ello lleva a considerar que la imposibilidad de probar la diligencia provoca una objetivación que todos los autores implicados están de acuerdo en reconocer⁷⁷. Pero fundamentar la responsabilidad del empresario sólo en su propia culpa, tampoco ha sido aceptado por la jurisprudencia. Lo confirma el evidente hecho de que no existen sentencias en las que, probada su diligencia, no responda.

b) *La mal llamada “responsabilidad por riesgo”*

Es una constante en la doctrina señalar la dificultad que supone para el empresario aportar prueba exoneratoria de su diligencia “in eligendo” o “in vigilando”, y la necesidad de enfocar el análisis de la materia desde el terreno de la mal llamada “responsabilidad por riesgo”⁷⁸. La teoría de la responsabilidad por riesgo empresarial se creó como una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva o sin culpa, para aquellas personas titulares de un instrumento o instalación que generase un riesgo más elevado de lo normal. Pero esta figura ha evolucionado y, en la actualidad, los tribunales la utilizan para imponer un régimen de responsabilidad superior al de culpa a los mencionados titulares. Así, los tribunales, en lugar de considerar la teoría del riesgo como un régimen de responsabilidad objetiva por la simple creación del riesgo, en ocasiones la emplean para señalar que en el concreto supuesto es exigible un régimen de responsabilidad más severo al normal de culpa. Y, en ocasiones, para conseguir tal resultado, en los que se mantiene

⁷⁷ Así, Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 205; Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., p. 22; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301, etc. Jurisprudencialmente, STS 26.6.2006 [RJ 2006\4612].

⁷⁸ Así, por ejemplo, en la decimotercera edición del manual del profesor Castán, con cita de otros tratadistas españoles. Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral, IV, Derecho de Obligaciones. Las Particulares Relaciones Obligatorias*, cit., p. 962.

la referencia a la culpa junto con hacer alusiones al riesgo⁷⁹, aplican a la vez otros instrumentos jurídicos, como la inversión de la carga de la prueba, un nivel elevado de diligencia, la presunción de culpa o se combina con el principio “*cuius est commodum eius est periculum*”⁸⁰.

Ante este panorama, no es extraño que la jurisprudencia acabara sucumbiendo a las influencias doctrinales, con declaraciones como las comentadas en la introducción del trabajo que, con el argumento del riesgo creado por la empresa, asociaban el régimen de responsabilidad del art. 1903.IV a regímenes de responsabilidad “cuasi-objetiva” u “objetiva”⁸¹, si bien con argumentaciones a menudo confusas en las que también se mezclaban alusiones a las tradicionales culpas *in eligendo* o *in vigilando*⁸².

Lo mismo sucede con respecto la Sala Segunda del Tribunal Supremo, para determinar si existe o no la responsabilidad civil subsidiaria del empresario prevista en el artículo 120.4 del Código Penal (en adelante CP). Aunque para la mayor parte de la doctrina se trata de una responsabilidad

⁷⁹ SSTS 4.4.2000 [RJ 2000\2506], 9.10.2000 [RJ 2000\9184] y 29.10.2002 [RJ 2002\9314], en la cual el Tribunal Supremo cita entre otras sentencias y en el mismo sentido, que la responsabilidad del art. 1903.IV CC se funda en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* al mismo tiempo.

⁸⁰ Esther Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, 4ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2008, pp. 1018 y 1019; Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2161 y José Piñeiro Salguero, *Responsabilidad Civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, Civitas, Thomson-Reuters, 2009, p. 127.

⁸¹ Ricardo de Ángel Yágüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Universidad de Deusto / Civitas, 1993, p. 352.

⁸² Entre otras, véanse las SSTS 17.11.1980 [RJ 1980\4206], 28.5.1982 [RJ 1982\2606], 29.3.1996 [RJ 1996\2203], 3.7.1998 [RJ 1998\5411], 9.10.2000 [RJ 2000\9184] y 12.12.2002 [RJ 2002\10978].

objetiva⁸³ –a diferencia del artículo 1903.IV CC, este precepto no admite posibilidad de exoneración del empresario, ni tampoco según el redactado del artículo se alude a la existencia de culpa para que responda–, para la jurisprudencia de esta Sala no parece ser tan claro este carácter objetivo. Mayoritariamente, el Tribunal Supremo considera que la responsabilidad que regula el art. 120.4 CP es cuasi-objetiva en base a la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad *cuius commoda eius incommoda*, o en ambas doctrinas a la vez, pero sin llegar a ser completamente objetiva, ya que el fundamento de dicha responsabilidad se apoya también en los pilares tradicionales de la culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in operando*⁸⁴, por lo que no se abandona de forma total y absoluta el fundamento culpabilístico. En efecto, la mayoría de la jurisprudencia de la Sala Segunda en los últimos años, cuando interpreta el artículo 120.4 CP, muestra una evolución progresiva hacia un criterio de interpretación extensiva de la responsabilidad civil subsidiaria, en la que se pone de manifiesto un cierto abandono de los principios de culpa *in vigilando* o *in eligendo* para dar paso o acercarse a la idea de la responsabilidad objetiva, basada en la doctrina de la creación del riesgo y de aquella otra que establece que, quien tiene los beneficios de ciertas actividades debe asumir los daños y perjuicios de las mismas⁸⁵.

⁸³ Vicente L. Montés Penadés, “Comentario al artículo 120 CP”, en Tomás Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, art. 120 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 1996, pp. 640 a 641; Francisco Muñoz Conde/ Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General. 2ª Ed.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 603; Cavanillas Múgica, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, cit., p. 91 y Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 181, entre otros.

⁸⁴ SSTS, 2a, 14.7.2000 [RJ 2000\7511], 22.9.2000 [RJ 2000\8070], 17.10.2002 [RJ 2002\9168], 22.7.2003 [RJ 2003\6054], 27.4.2005 [RJ 2005\5695], 19.7.2005 [RJ 2005\6540], 18.10.2007 [RJ 2008\254], 12.12.2007 [RJ 2009\6614], 16.7.2009 [RJ 2009\6991], 24.3.2010 [RJ 2010\5533], 3.3.2011 [RJ 2011\2507] y 27.6.2012 [RJ 2012\11231].

⁸⁵ Así lo afirma literalmente la STS, 2a, 23.9.2005 [RJ 2005\7372].

De manera minoritaria y basándose en los argumentos de la doctrina antes apuntada, hay jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que afirma que la responsabilidad civil del empresario *ex art. 120.4 CP* es responsabilidad objetiva fundándola, ya en la teoría del riesgo, ya en el principio de derecho *cuius commoda eius incommoda*, al no exigir dicho precepto, ni la culpa o negligencia del empresario, ni que éste se pueda liberar aun y comportándose de modo diligente⁸⁶. Y, excepcionalmente, se encuentra en los últimos años una sentencia en la que el Alto Tribunal fundamenta la responsabilidad civil del empresario sólo en su culpa *in eligendo* o *in vigilando*⁸⁷, manteniendo una postura más propia de épocas pasadas, en la que la responsabilidad civil del empresario descansaba sobre supuestos marcadamente objetivos en los que la culpa se presumía *iuris et de iure*⁸⁸.

Es claro, que en ambas Salas para alcanzar dicho objetivo, la jurisprudencia sigue apoyándose, en muchas ocasiones, en el elemento riesgo. El análisis práctico de diferentes sentencias muestra como la “[S]ala tiende a objetivar la responsabilidad civil del empresario, aproximándola a una responsabilidad fundada casi sin más en el riesgo, lo que no evita, como también tiene dicho esta Sala, la exigencia de una rigurosa prueba del nexo causal al enjuiciar la responsabilidad civil del empresario”⁸⁹. En este

⁸⁶ SSTS, 2a, 31.10.2002 [RJ 2002\9912], 15.9.2008 [RJ 2008\4392] y 17.3.2010 [RJ 2010\4499].

⁸⁷ STS, 2a, 30.4.2007 [RJ 2007\4661] en la que de modo sorprendente por lo acabado de citar, el Tribunal Supremo sólo usa la culpa como fundamento para declarar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario. Aunque, como se ha visto, no es el modo habitual de proceder, ya que el Alto Tribunal suele usar distintos fundamentos.

⁸⁸ SSTS, 2a, 6.4.1990 [RJ 1990\3180] y 16.9.1992 [RJ 1992\7159]. Doctrinalmente véase Alfons Surroca Costa, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos, y Administración Pública*, Universidad de Girona, Tesis Doctoral (Trabajo inédito), [<http://hdl.handle.net/10803/94199>], 2012, p. 203.

⁸⁹ SSTS, 1a, 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 11.11.2002 [RJ 2002\9640], 31.12.2003 [RJ 2004\367] y 21.6.2006 [RJ 2006\3080]. Y las respectivas SSTS, 2a, 31.10.2002 [RJ 2002\9912], 22.7.2003 [RJ 2003\6054] y 17.3.2010 [RJ 2010\4499].

sentido, se han alegado distintas razones para justificar esta tendencia de la jurisprudencia española hacia la objetivación de la responsabilidad civil del empresario que se podrían resumir en dos grandes ideas. La primera, es que quien obtiene un beneficio con una actividad que puede crear riesgos es lógico que asuma las consecuencias dañosas de esa actividad⁹⁰. De otro, estaría el argumento de la solidaridad. Es decir, la empresa está en mejor situación de resarcir el daño que el causante directo del mismo, seguramente insolvente⁹¹.

Así, dada la imposibilidad de exoneración del principal, nace, a resultas de la inaplicación del párrafo VI del art. 1903 del CC, un cuarto requisito: la culpa del principal⁹². Este requisito jurisprudencialmente se encuentra, por ejemplo, en la STS 23.5.2007 [RJ 2007\3273], al argumentar que “para que pueda estimarse que existe una obligación indemnizatoria fundada en el artículo 1903 CC, se precisa la existencia de una actuación

⁹⁰ Antonio Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, *Anuario de Derecho Civil*, Enero – Marzo, 2003, vol. 56, nº 1, p. 211.

⁹¹ Roca Trías / Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 154 y Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, ídem, p. 211.

⁹² Véase recientemente Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1472 y Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2059. Este cuarto requisito también vendría amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 10.10.2007 [RJ 2007\6813], 16.10.2007 [RJ 2007\7102], 1.10.2008 [RJ 2009\134] y 17.11.2010 [RJ 2010\9161], al argumentar que: “se debe partir de que la doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad por hecho ajeno regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del Código Civil, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquel a quien se atribuye la responsabilidad, y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con ocasión de ella, así como la culpabilidad -culpa *in operando* (en la acción) o *in omittendo* (por omisión)- del agente, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia para evitar el supuesto dañoso (énfasis añadido)”.

negligente en el desempeño de las funciones de supervisión y dirección que incumben a una persona en relación a los causantes materiales del daño, existencia que se presume salvo prueba en contrario”.

No son pocas, pues, las sentencias que han aplicado criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario. Es más, en alguna de aquéllas se apunta incluso un “nuevo principio de responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos”⁹³.

Ante la evidencia de que la responsabilidad por culpa recogida en el artículo 1903.IV CC es del todo inadecuada frente al entramado y complejo sistema organizativo empresarial actual, no es de extrañar que el propio legislador español ya haya tomado cartas en el asunto y haya creado normas especiales de responsabilidad objetiva aplicadas a diferentes sectores determinados, en los que la mayoría de ellas se aplican principalmente a los empresarios. Como apunta Solé Feliu⁹⁴, “el incremento de normas especiales que establecen sistemas de responsabilidad objetiva aplicables principalmente a empresarios ha comportado una agravación, por vía indirecta y en relación a determinadas actividades, de su régimen de responsabilidad. Así ha sucedido, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, en que la responsabilidad se impone al margen de la conducta diligente del productor,

⁹³ Por ejemplo, la STS 17.10.2001 [RJ 2001\8642] y la STS, 2a, 18.10.2007 [RJ 2008\254], al señalar que “de ahí el que, más allá incluso de la aplicación de la clásica doctrina, de contenido fuertemente subjetivista, de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* por parte del empleador, la doctrina de esta Sala se ha referido a la denominada teoría del riesgo y al correlativo principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum*, como fundamento de esta responsabilidad civil dispuesta por el Legislador, lo que sin duda supone un paso hacia la objetivación de dicha responsabilidad”. Véase también STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), 14.5.2008 [RJ 2009\309].

⁹⁴ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 8.

por el simple hecho que la existencia de un defecto en el producto cause daños al perjudicado”⁹⁵.

Aunque, y como muy bien afirma Zelaya Etchegaray, si se siguiera esta tendencia jurisprudencial basada en atribuir la responsabilidad al empresario por riesgo de la empresa, o lo que es lo mismo, por responsabilidad objetiva, nos alejaríamos “de una solución de responsabilidad vicaria (art. 1903.IV CC), por cuanto atribuye una responsabilidad directa al empresario sin necesidad de acreditar culpa en los dependientes que materialmente contribuyeron a causar el daño; más aún, se condena al empresario con expresa absolución de los agentes demandados por la víctima como posibles causantes del daño respectivo”⁹⁶.

c) La inversión de la carga de la prueba de la culpa del principal

En efecto, suele ser práctica habitual de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y voces doctrinales ya han mostrado su disconformidad, la de justificar sus fallos en base a la “protección de la víctima” a través de aplicar una presunción de culpa al empresario, con el argumento de que la sola causación del daño demuestra la insuficiencia de las medidas adoptadas por parte de éste y, por consiguiente, de la omisión de algún grado de

⁹⁵ Para una información más exhaustiva sobre este ejemplo, véase Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en María José Reyes López (Coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 157 a 195.

⁹⁶ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 203 y ss.

diligencia⁹⁷. Y la propia jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, también hace una crítica al respecto cuando quiere explicar qué entiende por culpa presunta y pone como ejemplo paradigmático el art. 1903.VI CC. La misma señala que “la justificación se puede encontrar en el principio de "normalidad", y también puede fundarse en la "facilidad probatoria", pero dado que la contraprueba que puede ofrecer el presunto responsable no coincide exactamente con la mera prueba de su diligencia, parece que nos adentramos en la responsabilidad objetiva. *De ahí que suela decirse que la jurisprudencia civil ha dotado de tintes objetivos a la responsabilidad del empresario (art. 1903.4 CC) cuando, acreditadas por éste considerables medidas preventivas, le dice que la mera producción del siniestro demuestra que no se agotó la diligencia y que las medidas adoptadas no fueron suficientes para precaver el daño*” (énfasis añadido)⁹⁸. Y, en fin, en la STS 29.4.2004 [RJ 2004\2092] se declara muy rotundamente que también en este ámbito de responsabilidad civil, la objetivación se acentúa cada vez más.

En sentido contrario, la STS 17.11.2010 [RJ 2010\9161], que trata un caso de enfermedad psiquiátrica, por las diversas lesiones que sufrió una paciente y por las que tuvo que estar hospitalizada como resultado de precipitarse desde una terraza del centro de día en la que recibía tratamiento, el Alto Tribunal exonera de responsabilidad civil a la Clínica empleadora al

⁹⁷ SSTS 15.7.2002 [RJ 2002\5911], 24.9.2002 [RJ 2002\7869], 13.2.2003 [RJ 2003\1013], 22.4.2003 [RJ 2003\3545] y 18.6.2004 [RJ 2004\4431]. Una posición crítica al respecto se encuentra en Peña López “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 12978 y 12979, en la que señala que “muchas sentencias recogen, entre sus fundamentos, razonamientos tan poco ajustados a la lógica como el de que el daño, si se produjo, demuestra, por su sola presencia, que algo que se podía haber hecho para evitarlo y no se hizo. Cuando esta absurda afirmación, que niega en el propio plano de la abstracción la posibilidad de la hipótesis de un daño sin culpa, superaba la mera condición de adorno «literario» de la sentencia, y se traducían realmente en condena (lo cual, afortunadamente, no sucedió en muchas ocasiones), el Tribunal Supremo calificaba a su interpretación con la expresión: culpa con «agotamiento de la diligencia»”.

⁹⁸ Por todo ver SSTS, 2a, 15.9.2008 [RJ 2008\4392] y 14.3.2013 [RJ 2013\3963].

entender que “[E]l hecho de que se hubiera producido un resultado dañoso no determina necesariamente que se deba responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts. 1902 y 1903 CC que es responsabilidad por culpa”.

La problemática que se ha planteado de este precepto a lo largo de lo aquí expuesto, hace patente la clara controversia de resoluciones existentes del Tribunal Supremo en casos parecidos. Para desvincularse de la mal llamada responsabilidad objetiva atribuida en los últimos tiempos al artículo 1903.IV CC, tal y como se ha indicado anteriormente, tanto por la doctrina como por los propios razonamientos jurisprudenciales del Supremo, en un caso, a mi entender, de clara negligencia por parte de los trabajadores del Instituto psiquiátrico y, en consecuencia, del titular del Instituto ante la víctima, el Alto Tribunal, y de manera forzada, opta por no hacer responsable al centro hospitalario. Para aplicar el artículo 1902 CC se requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso. Por lo que si se ha causado un daño a raíz de una omisión –en este caso de seguridad–, por negligencia del personal de la Clínica o de la misma Clínica al no poner las medidas adecuadas para atender a casos psiquiátricos como los padecidos por la paciente, la culpa o negligencia existe y, por consiguiente, como función compensatoria del derecho de daños, el daño debe ser reparado por más que el Tribunal Supremo no quiera admitirlo. Además, el propio Tribunal argumenta que mediante el ingreso en un Hospital de Día Psiquiátrico se crea no sólo una razonable expectativa de curación del enfermo, sino una legítima expectativa de seguridad del paciente en razón a los antecedentes clínicos que determinan su ingreso. Sin embargo, acaba señalando que el tratamiento que le proporcionaban los médicos controlaba el riesgo a que podía estar expuesta la paciente durante su ingreso en el Centro y, por ello, tanto el diagnóstico como el tratamiento fueron los correctos. Esto impide trasladar al Centro los deberes de seguridad que no

eran acordes al mismo y que pudieran llegar a justificar una imputación de responsabilidad por su incumplimiento, teniendo en cuenta que “*los medios disponibles que deben proporcionar estos centros sanitarios han de contemplarse dentro de parámetros de normalidad sin exigencia de utopías (énfasis añadido)*”, y que las medidas genéricas de seguridad son más propias de un Centro custodial que ambulatorio. Lo contrario equivaldría, sin más, a que “*en el supuesto de enfermos con antecedentes clínicos reveladores de una situación de peligro (énfasis añadido)*, el establecimiento hospitalario debía imponer, a toda costa y permanentemente, al interesado, personal y exhaustiva vigilancia casi determinante de la privación total y absoluta de libertad del paciente –STS 17 de febrero 2000 (RJ 2000, 1161)–; situación que en el caso no se corresponde con la estructura física, recursos materiales y humanos que el mismo dispone en razón del tratamiento dispensado”.

El razonamiento que esgrime el Tribunal Supremo sobre el caso no puede dar lugar a esta conclusión. Si se está ante supuestos de enfermos con antecedentes clínicos reveladores de una situación de peligro, tal y como cita literalmente el Tribunal Supremo, significa que las medidas de seguridad deben extremarse. Si se parte de que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, y lo ha hecho, ya recomendando una inversión de la carga de la prueba, ya acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, es evidente que hay que extremar la diligencia para evitar el daño. Así, para que la diligencia requerida evite cualquier responsabilidad extracontractual para el empresario ha de abarcar, no sólo las medidas impuestas por normas legales o reglamentarias, sino también aquellos cuidados que exige la normal prudencia a fin de evitar eventos dañosos⁹⁹.

⁹⁹ Concepción Trabado Álvarez, “Responsabilidad civil por daños causados durante el contrato de hospedaje”, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 7698, 2011, pp. 1483 y ss.

En consecuencia, si ni la estructura física, ni los recursos materiales ni los humanos que el Instituto psiquiátrico disponía para el tratamiento dispensado eran suficientes, es claro que el Centro no estaba preparado para atender a ese tipo de pacientes. Como declara acertadamente la STS 11.11.2002 [RJ 2002\9640], en base la jurisprudencia de la Sala Primera en relación con el artículo 1903.IV CC, entiende que existe responsabilidad directa de las entidades gestoras o titulares de hospitales cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos¹⁰⁰. Así, desde el momento en que se atiende a los pacientes y se causa un daño por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad empresarial y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, es claro que debe asumirse las consecuencias por quien ha sido negligente aunque, claro esté, no haya ánimo de causar ningún daño ya que estaríamos, entonces, ante otro supuesto y otra regulación.

B) LA ÚNICA VÍA DE EXONERACIÓN DEL PRINCIPAL: LA FALTA DE UNO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL ARTÍCULO 1903.IV CC

Normalmente, y por todo lo analizado hasta ahora, es claro que para determinar si existe o no responsabilidad del empresario, la práctica jurisprudencial, aunque no pida expresamente la culpa *in operando* del dependiente, su existencia o ausencia tiene gran relevancia a la hora de juzgarla. Así, se ha podido ver en la ya comentada STS 16.10.2007 [RJ 2007\7102], que dictaminó la ausencia de responsabilidad civil del empleador por el suicidio de un cliente que ingirió cianuro potásico que un dependiente suyo había vendido a la víctima. El razonamiento del Alto

¹⁰⁰ M^a Eloina González Orviz, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 88.

Tribunal fue –con acierto– que no se le puede exigir al empleado más deberes de cuidado que los propios de su profesión. El conocimiento de las dolencias del comprador por parte del dependiente, claramente excede de dichos deberes –el joven estaba sujeto a tratamiento psiquiátrico por padecer “esquizofrenia paranoide”, y ya había intentado en otras ocasiones atentar contra su vida–, por ello, la inexistencia de responsabilidad civil del empleado *ex* artículo 1902 CC impide aplicar, a su vez, el artículo 1903.IV CC para trasladar dicha responsabilidad a la parte empleadora por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Es claro, que la única vía de exoneración del principal es la falta de uno de los requisitos esenciales del artículo 1903.IV CC. Si el dependiente no ha actuado con culpa, o hay ausencia de dependencia, o falta la conexión entre el daño y las funciones del auxiliar, el principal no responderá (no habrá culpa *in vigilando*, ni *eligendo*, ni *instruendo*). Ejemplo de ello es el que resuelve la STS 6.2.2009 [RJ 2009\1369], que no hace responder el Instituto Catalán de Salud (ICS) por una actuación negligente de un auxiliar suyo, en este caso, una enfermera del Hospital de Bellvitge, por el fallecimiento de un paciente diagnosticado de Enfermedad Pulmonar Obstructiva Crónica (EPOC), al entender el Alto Tribunal que no había culpa en el actuar de la auxiliar, que es uno de los presupuestos esenciales del precepto.

En efecto, el Tribunal Supremo desestima la responsabilidad civil del ICS por entender que sólo se indemniza en el sector sanitario aquel daño que ocurre dentro de la organización médica. Es claro que “la deficiente prestación de un servicio médico o asistencial a un determinado paciente puede responsabilizar tanto a los profesionales que le trataron, como al establecimiento que lo proporciona cuando las deficiencias se producen dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados a efectos de su realización”. La responsabilidad civil cabe ser exigida por hechos del personal vinculados a su actividad, lo que la sentencia descarta, en un caso claro de relación laboral entre la

enfermera y el ICS, por cuanto no se ha acreditado ninguna actuación imprudente de la enfermera demandada, y sin esta responsabilidad, no es posible la de la Institución sanitaria por el defectuoso funcionamiento del servicio, al amparo del artículo 1903.IV CC, responsabilidad que, “con reiteración ha declarado esta Sala, no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio *in eligendo* o *in vigilando* respecto de las personas por quienes debe responder”¹⁰¹.

Este es el criterio que propugna *a contrario* la STS 10.10.2007 [RJ 2007\6813], sobre una agresión realizada por un jugador de baloncesto a un portero de un hotel. Cuando el jugador se disponía a marchar, sin el resto de la expedición deportiva, con un taxi que había solicitado él mismo, el portero del hotel le indicó que debía abonar unas llamadas telefónicas realizadas durante su estancia. Disconforme con ello, el jugador propinó dos puñetazos en el rostro del portero y seguidamente le golpeó la cabeza con una piedra, causándole serias lesiones. Ante tal agresión, la víctima demandó, junto con el jugador, al Club de baloncesto. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la víctima, al entender que la agresión del deportista no podía dar lugar a la responsabilidad del Club conforme el art. 1903.IV CC, porque la actuación dolosa del jugador quedó fuera del margen de las funciones encomendadas y de las actividades propias de quien era su empresario.

Aunque el factor determinante de la exclusión de la responsabilidad del principal fue la extralimitación de la actuación del dependiente en sus funciones, es decir, faltaba el requisito esencial de actuar dentro de las funciones encomendadas –el jugador ejerció el daño al margen y con total desvinculación de las funciones encomendadas–, desde el punto de vista de la culpa, merece atención que el Tribunal señale que no es exigible a la empresa “un determinado grado de previsión respecto de las reacciones

¹⁰¹ Entre otras, SSTS 22.5.2007 [RJ 2007\4620] y 20.6.2008 [RJ 2008\4260].

agresivas de sus empleados, tanto más cuando éstas han tenido lugar inopinadamente”¹⁰².

Sin embargo, este criterio sólo se ha dado en estas dos sentencias, siendo la regla general de la jurisprudencia, la condena del empresario por la conducta culpable o negligente del dependiente, especialmente, en aras a proteger a la víctima, cuando el empleador no ha actuado con la diligencia de un buen empresario fundado en el último párrafo del art. 1903 CC. Y esta parece ser la tesis que sigue la Sala Primera del Tribunal Supremo en los últimos años, en la que intenta corregir estas lecturas y en las que se aprecia cierta voluntad de abandonar la línea objetivadora que andaba aplicando. Para poner fin a las controversias doctrinales y no seguir realizando una aplicación *contra legem* del art. 1903.IV y VI CC, sus sentencias explicitan claramente que el régimen jurídico del art. 1903.IV CC es por culpa¹⁰³.

Así, el Tribunal Supremo reconoce en sus decisiones que al menos mientras se mantenga la redacción actual del artículo 1903 CC, la responsabilidad que establece el precepto “está centrada en la existencia de una culpa «in eligendo» o «in vigilando»” (STS 16.10.2007 [RJ 2007\7102]); o que dicho precepto “presupone una presunción de culpa que únicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que

¹⁰² Apoya este argumento la STS 26.6.2006 [RJ 2006\4612], que tampoco declaró la responsabilidad civil del empresario por la agresión realizada por un empleado despedido al gerente de la empresa causándole una invalidez. En este caso, el Tribunal Supremo señaló que: “la contratación de personas inadecuadas no puede considerarse que tenga relevancia causal suficiente en relación con el resultado dañoso, al menos desde el punto de vista de posibilidad de atribución o imputación objetiva a la empresa recurrida (...), ya que la naturaleza gravemente dolosa de la agresión imputable al trabajador (...) atribuye especial relevancia a su conducta como elemento extraño en la cadena causal. (...) Además, *no tiene aplicación la regla de creación de riesgos extraordinarios* (énfasis añadido) que determina por parte de la jurisprudencia, el reconocimiento de un estándar de diligencia exigible de carácter elevado, junto con la carga de demostrar el cumplimiento de dicha diligencia más allá de los niveles exigidos reglamentariamente. (...) En el caso examinado (...) por tener la agresión producida un carácter inopinado e inexplicable”.

¹⁰³ SSTs 16.10.2007 [RJ 2007\7102] y 21.11.2008 [RJ 2009\144].

emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño” (STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494]). Otras, como la STS 6.2.2009 [RJ 2009\1369], también insisten en que la responsabilidad establecida en el art. 1903.IV CC “no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico inherente al vicio *in eligendo* o *in vigilando* respecto de las personas por quienes debe responder”. Recientemente, y señalando que era una práctica jurisprudencial habitual la de aplicar criterios objetivos en la responsabilidad del empresario, el expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo y actual magistrado del Tribunal Constitucional, declaró que “[L]a jurisprudencia actual sobre el Derecho de daños, después de una etapa de aplicación de criterios de responsabilidad sin culpa, se caracteriza por el regreso de la teoría de la culpa como fundamento de la responsabilidad”¹⁰⁴.

Aunque en algunos ejemplos jurisprudenciales se haya podido ver como el Alto Tribunal fuerza sus resoluciones para no atribuir al empresario una responsabilidad objetiva, el estudio global de las sentencias, lleva a calificar la jurisprudencia de la Sala Primera como vacilante. Ciertas resoluciones judiciales justifican la responsabilidad por riesgo o sin culpa por exigencias de los nuevos tiempos que demandan la defensa de los intereses de las víctimas (p. ej. la STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291]), o cifran la prueba de la falta de diligencia de la empresa en la propia producción del accidente, es decir, declaran la culpabilidad civil (p. ej. la STS 22.4.2003 [RJ 2003\3545]), o defienden la inversión de la carga de la prueba en contra del empresario por su mayor facilidad probatoria para demostrar que el accidente obedeció a causas fuera de su control (p. ej. la STS 15.11.2005 [RJ 2005\7632]). Otras, en cambio, rechazan el riesgo como fuente única de responsabilidad civil por culpa extracontractual, puntualizando que el riesgo tiene que excluirse como base del resarcimiento cuando se trate de riesgos

¹⁰⁴ Juan Antonio Xiol Ríos, *Posición actual del tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación*, en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 32.

normales o razonablemente previsibles (p. ej. la STS 31.3.2003 [RJ 2003\2837]), o exigen una rigurosa prueba del nexo causal que no puede quedar desvirtuado por una posible aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba (p. ej. las SSTS 9.7.2003 [RJ 2003\4618] y 7.12.2006 [RJ 2007\377]).

Pese a estas últimas sentencias de regreso a la teoría de la culpa como fundamento de la responsabilidad, la aplicación del régimen de responsabilidad del principal por culpa presunta del art. 1903.IV CC, sigue presentando dos problemáticas no resueltas por nuestro Alto Tribunal. La primera, consiste en la gran dificultad de los empresarios para aportar prueba exoneratoria de su diligencia “in eligendo” o “in vigilando”, según lo dispuesto en el art. 1903.VI CC. Lo que hace plantear el posible abandono del modelo de responsabilidad por culpa presunta actual por el de la responsabilidad vicaria como modelo más acorde con la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Y la segunda problemática, que afecta a ambos modelos, es el hecho de que se interprete de forma cada vez más flexible los presupuestos sobre los que se basa la responsabilidad del principal, presupuestos que coinciden, salvo la culpa del propio principal. Diversas son las razones que avalan estas tendencias¹⁰⁵.

Ante tal panorama, es difícil poder definir qué línea específica juega o sigue la jurisprudencia española entorno a definir con precisión cómo hay que interpretar el actual régimen jurídico del art. 1903.IV CC. A mi entender, toda esta multitud variada de “soluciones judiciales” muestra que, a día de hoy, el Tribunal Supremo no ha encontrado la vía ideal para hacer frente o, si se quiere, dar respuesta a esta problemática planteada en este trabajo. Que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual del empresario, es un dato que no escapa a nadie, y que lo ha hecho acentuando el rigor de la diligencia requerida al

¹⁰⁵ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 5.

principal según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremar la prudencia para evitar la producción del daño, tampoco. Pero, eso sí, sin erigir tales instrumentos en fundamento único de la obligación de resarcir el daño y sin excluir, en todo caso, y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa¹⁰⁶.

Hecho que confirma, que la sola evolución del Tribunal Supremo en este tema –la cual tampoco es su labor–, no basta para “modernizar” este régimen jurídico o superar la limitación legal, tanto para que el mismo pueda ser aplicado a las necesidades sociales españolas actuales de modo correcto, como para asimilarlo, si es de recibo, al modelo más extendido en Europa y bastante más acorde, según la intuición mostrada por la propia jurisprudencia, que es el de responsabilidad vicaria –responsabilidad objetiva del principal por los daños causados por la conducta culposa de sus auxiliares–, sino que necesita la ayuda inexcusable del legislador español.

¹⁰⁶ Vicente Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, Cizur Menor, Thomson Reuters — Aranzadi, 2010, pp. 194 y 195.

3.2. Responsabilidad vicaria del principal: regímenes y características

3.2.1. Concepto y características

Expuesta la posición doctrinal tradicional española sobre la responsabilidad del principal fundándola en la culpa personal que ha incurrido por la defectuosa selección de sus empleados o en no haber ejercido la debida vigilancia de sus actos, el segundo modelo a tratar es el de la responsabilidad vicaria del principal por la actuación negligente de sus auxiliares.

Ya se ha apuntado que hay doctrina moderna española que defiende esta responsabilidad basándose en una interpretación conjunta de los artículos 1903.IV, VI y 1904.I todos ellos del Código Civil¹⁰⁷ y, un sector más reciente de la doctrina, que aconseja optar directamente por un régimen de responsabilidad vicaria del empresario por los hechos de sus dependientes, principalmente y entre otras razones, en que cargar las consecuencias de la acción negligente del auxiliar al principal con

¹⁰⁷ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301. En contra, Barceló Doménech en referencia al hecho de que el artículo 1903 CC es responsabilidad por culpa presunta y no objetiva tal y como “refuerza” el art. 1904 CC y el artículo 22.1 CP (actual 120.4 CP) norma que sirve para reinterpretar el art. 1903 CC más conforme a la realidad social de nuestro tiempo, según dispone el art. 3.1 del CC (STS de 30 de diciembre de 1992, RJ 1992\10565), en Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 181.

independencia de la culpa de éste, conculda con la idea de hacer responder a quien disfruta del beneficio de dicha actividad¹⁰⁸.

La responsabilidad vicaria es un sistema de responsabilidad objetiva por el cual el principal se hace estrictamente responsable de los actos ilícitos de otro, el auxiliar, a pesar de que no tiene la culpa¹⁰⁹. Es decir, el principal se hace responsable a pesar de no cometer personalmente el daño. Desde este punto de vista, se trata claramente de un régimen de responsabilidad “por hecho ajeno”, ya que la responsabilidad del principal no depende de su propia conducta (puesto que responde objetivamente), sino de la conducta culposa ajena, es decir, de la de quienes se sirve para desarrollar su actividad. De este modo y desde la perspectiva del demandante, el régimen no se desvincula totalmente de la culpa, en la medida en que la responsabilidad del principal depende de la prueba de la conducta culposa de sus auxiliares¹¹⁰.

El autor del daño directo es, pues, responsable debido a la estrecha relación espacial y temporal entre el hecho ilícito y la consecuencia perjudicial, y el principal es responsable a pesar de no haber cometido ningún acto ilícito. Por esta razón, se define la responsabilidad vicaria por referencia a la relación entre la persona que es directamente responsable y el que es (o sobre los que se pretende hacer) indirectamente responsable. Cuando esta relación posee ciertos elementos necesarios, que el derecho positivo de cada jurisdicción definirá, la responsabilidad de una persona se

¹⁰⁸ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 74 y 75 y Lacruz Berdejo *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., p. 497.

¹⁰⁹ Phillip Morgan, *Recasting vicarious liability*, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 3, 2012, p. 617.

¹¹⁰ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 8 y 9.

añade a la de otra, de ahí el adjetivo “vicario”¹¹¹. De este modo, el demandante podrá interponer el recurso contra el principal o el auxiliar, o contra ambos.

La forma más común de responsabilidad vicaria es el de la responsabilidad de los empresarios por los actos ilícitos de sus empleados cometidos en el curso y ámbito de su empleo¹¹². Desde este punto de vista, la responsabilidad vicaria se ha definido tradicionalmente como “una responsabilidad impuesta por la ley a una persona como resultado de (1) un acto ilícito u omisión de otro, (2) de una cierta relación entre el autor del daño y el demandado a quien se pretende hacer responsable, y (3) de una cierta conexión entre el acto ilícito u omisión y esa relación”. Esta definición triple forma la base de la responsabilidad civil no sólo del *common law*, sino también de los otros ordenamientos jurídicos de derecho civil¹¹³.

En la responsabilidad vicaria la relación de dependencia con la persona que realiza materialmente la conducta dañosa se convierte en condición suficiente para la atribución automática de la obligación de reparar. Así mismo, la víctima no habrá de probar la culpa del principal, aunque sí se exige una culpa o negligencia en el dependiente o agente directo del daño¹¹⁴. De modo que para que responda el principal, necesariamente el auxiliar debe llevar a cabo un acto ilícito ante la víctima,

¹¹¹ David R. Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 394.

¹¹² Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 617.

¹¹³ Paula Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, pp. 419 y 420.

¹¹⁴ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 13004 y 13005, y Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 80.

es decir, debe haber culpa *in operando* del mismo. Por lo tanto, la conducta del principal en esta responsabilidad es del todo irrelevante, pero no así la del auxiliar, ya que su responsabilidad subjetiva hace que su culpa personal sea irremediamente existente para que responda objetivamente el primero¹¹⁵.

3.2.2. Fundamento

El fundamento de la responsabilidad vicaria en el *common law* para declarar la responsabilidad de los empresarios por los actos ilícitos de sus empleados cometidos en el curso y ámbito de su empleo es que la misma multiplica el número de posibles demandados para reclamar y, por consiguiente, aumenta la probabilidad de encontrar un acusado solvente o que tenga un seguro de responsabilidad civil. Pero no es la única manera de reclamar contra el principal. Los daños causados por el auxiliar pueden suponer un incumplimiento del deber de cuidado sobre la víctima que ha sufrido el daño por la mala elección, instrucción y supervisión del auxiliar, o bien, el empresario puede tener un deber no delegable con la víctima, por no poder el principal delegar a otro el desempeño de la actividad, de modo que, incluso si a ha seleccionado, instruido y supervisado adecuadamente a su auxiliar, el daño causado por éste colocará al empresario en un incumplimiento de este deber¹¹⁶ (sobre esta cuestión *vide infra* II.3.2).

Las principales justificaciones actualmente expuestas por los jueces angloamericanos parecen ser la distribución de pérdidas y la responsabilidad

¹¹⁵ Se siguen los comentarios traducidos al castellano y publicados por el European Group On Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín-Casals, Cizur Menor, Thomson—Aranzadi, 2008, p. 157. En concreto, el comentario al capítulo 6 PETL realizado por Olivier Moréteau.

¹¹⁶ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 617.

de la empresa. Por distribución de pérdidas hay que entender que el principal es más capaz o está en mejores condiciones de soportar la pérdida que el auxiliar, a menudo (aunque no siempre) porque, en la práctica, puede y va a asegurarse contra los posibles daños. Donde haya dicho seguro, el coste a menudo pasa a los compradores o usuarios de los servicios o bienes proporcionados por el principal. En efecto, en comparación con los auxiliares, el principal suele tener mayor capacidad para afrontar las consecuencias indemnizatorias de su actividad y repercutir su coste sobre el precio de los productos¹¹⁷. Mientras que la justificación para la responsabilidad empresarial se basa en la idea de que con la obtención de beneficios también se vinculan una serie de cargas, de este modo el que obtiene beneficios de la empresa debe asumir también las pérdidas o las cargas de una actividad que produce una lesión¹¹⁸. El empresario es quien mejor conoce los riesgos que derivan de la actuación de sus auxiliares, y quien puede adoptar los mecanismos necesarios para prevenirlos: puede instaurar sistemas de vigilancia; desarrollar procesos de revisión, mantenimiento y renovación de maquinaria; organizar actividades formativas para los auxiliares; o prohibir y, en su caso, sancionar conductas o comportamientos peligrosos, por ejemplo.¹¹⁹

¹¹⁷ De ahí que se haya afirmado que un régimen de responsabilidad vicaria cumple funciones de justicia distributiva, en tanto que se orienta a redistribuir el riesgo de los daños sufridos por las víctimas, en Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 16 y ss. Es de la misma opinión, Wingfield, quien señala que el principal defensor moderno de este principio es John Rawls, el cual sostiene que en virtud de este principio, estamos ante riesgos que son compartidos por igual por todos derivados de nuestra pertenencia común en la sociedad. Basándose en este principio, nadie injustificadamente puede crear riesgos adicionales a otros sin la obligación concomitante de pagar una indemnización a las personas perjudicadas por ese riesgo, en Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 408.

¹¹⁸ Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, *ídem.*, p. 411; Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 617 y 618.

¹¹⁹ Gerhard Wagner, “Vicarious Liability”, en Hartkamp / Hesselink / Hondius / Mak / du Perron, *Towards a European Civil Code*, 4th, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, pp. 919 y 920; Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 624 y ss.

A) ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA RESPONSABILIDAD VICARIA DEL PRINCIPAL

De conformidad con lo expuesto cabe distinguir dos tipos distintos de regímenes de responsabilidad por hecho ajeno. De un lado, la responsabilidad por actos propios del principal fundada en su culpa o negligencia y, de otro, la responsabilidad vicaria que es una de las formas de responsabilidad sin culpa en el moderno Derecho de daños ya que, a diferencia del artículo 1903.VI CC o del § 831 BGB, aquí el empresario responde y no se puede exonerar, al tratarse de una responsabilidad objetiva.

Ya se apuntaba que hay doctrina moderna española que defiende esta responsabilidad, bien basándose en una interpretación conjunta de los artículos 1903.IV, VI y 1904.I todos ellos del Código Civil¹²⁰, bien basándose en cargar las consecuencias de la acción negligente del auxiliar al principal con independencia de la culpa de éste, a razón de que quién obtiene un beneficio con una actividad que puede crear riesgos es lógico que asuma las consecuencias dañosas de esa actividad¹²¹. El principal motivo quizás sea la necesidad social de resarcir siempre a la víctima inocente de un daño estadísticamente inevitable¹²².

¹²⁰ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301. En contra, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 181.

¹²¹ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 211; Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 74 y 75; y Lacruz Berdejo *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit. p. 497.

¹²² Zelaya Etxegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, p. 159.

a) El actual modelo de organización empresarial

Lo expuesto hasta ahora debe hacernos reflexionar. Ante una posible regulación sobre la materia, no se puede obviar que la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos y no europeos aplican una responsabilidad vicaria al principal acorde con el entramado empresarial establecido hoy día. Y no es menos cierto que la práctica jurisprudencial española, también lo hace¹²³. En efecto, la responsabilidad vicaria permite que las organizaciones sin ánimo de lucro, tales como el Estado, las ONG, las organizaciones de caridad, etc., también puedan ser vicariamente responsables¹²⁴. De ahí que este modelo de responsabilidad no se ciña sólo a los casos de responsabilidad del principal, sino que amplía el régimen a casos de dependientes que actúan más allá de una relación contractual, en el marco de las relaciones de hecho o voluntarias. Por lo que lo fundamental, no es tanto el contrato que pueda existir entre las dos partes demandadas (principal y auxiliar) como la existencia de un control y dirección del principal, es decir, de la existencia de una relación de dependencia. Así, un régimen de responsabilidad vicaria parece más acorde con esta realidad, ya que no se limita a la relación empresario/dependiente, sino que también el empresario es vicariamente responsable por una persona que trabaja para él de modo similar a un empleado, pero sin contrato. La razón es que la misma se funda sobre la base de la existencia de la atribución y del control del principal.

b) La solvencia del principal ante la insolvencia del auxiliar

En efecto, para gran parte de la doctrina española, se trata de una garantía para la víctima cuando el empresario responde por la culpa del dependiente causante del daño, ya que proporciona a la víctima un

¹²³ Tal y como refleja la reciente STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], sobre la responsabilidad civil de la organización Cruz Roja por los actos ilícitos causados por un voluntario.

¹²⁴ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 622 y ss.

demandado solvente del que obtener una indemnización¹²⁵. Mientras que para otros lo más esencial, a parte de la solvencia limitada de la mayor parte de los dependientes causantes del daño, se puede resumir en un conocido aforismo romano “*ubi emolumentum, ibi onus*”, es decir, allí donde esté el beneficio, ahí ha de estar también la carga¹²⁶. Salvador Coderch lo argumenta a través de una serie de razones, de entre las cuales destacan que la responsabilidad vicaria “[...] permite encontrar a alguien solvente como responsable (“*deep pocket approach*”), es decir, ante la alternativa de que una persona inocente –el empresario o la víctima– haya de soportar la pérdida, se prefiere que sea el empresario quien lo haga; el empresario se beneficia del trabajo de su empleado; la responsabilidad de empresa es eficiente; lleva a contratar un seguro de responsabilidad civil a quien está en mejor condición de hacerlo –se afirma que el principal es el “*cheapest cost insurer*”, en la medida en que es quien se halla en mejor posición para cubrir los costes globales de su negocio y proteger a sus auxiliares mediante la contratación de una sola póliza aseguradora–; los empleados son frecuentemente insolventes y, por último, los riesgos característicos o propios de una empresa deben formar parte de sus propios costes, pues aquélla es quien mejor los internaliza, al realizarse de modo organizado y sistemático una actividad”. Mientras que para Yzquierdo Tolsada es claro “que cada uno debe soportar el riesgo de su propia economía individual. El simple poder de dirección general por parte de la organización implica el compromiso patrimonial y la asunción de ese riesgo consistente en la atribución sobre el patrimonio propio de los derechos y, por lo tanto, de las obligaciones que derivan de la actividad y el ejercicio empresarial”.

¹²⁵ Zelaya Etcheagaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 78; Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 211 y Roca Trías / Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 150.

¹²⁶ Por todos, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 266 y Pablo Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre / J. A. Ruiz García / Antoni Rubí / José Piñeiro, “Respondeat Superior I”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 2/2002, p. 6.

c) *El beneficio obtenido por la actividad*

Estas justificaciones de la doctrina española para aplicar el régimen de responsabilidad vicaria como fundamento realista de la responsabilidad del principal, no distan para nada de las que la doctrina y jurisprudencia del *common law* aplican. La amplia aceptación de esta responsabilidad en cualquier estado industrialmente avanzado, hace difícil en la realidad actual, seguir manteniendo en nuestro contexto económico y empresarial un presunto deber de supervisar y vigilar individualmente la actuación de todos sus dependientes¹²⁷. Además, el principal que se sirve de auxiliares para el ejercicio de una actividad económica potencialmente creadora de riesgos lo hace en su propio y exclusivo interés, con el fin de obtener un lucro. Ello justificaría someterlos a un régimen más riguroso de responsabilidad (vicaria)¹²⁸.

Ya se apuntaba que, mayoritariamente, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo considera que la responsabilidad que regula el art. 120.4 CP es cuasi-objetiva en base a la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad *cuius commoda eius incommoda*, o en ambas doctrinas a la vez, pero sin llegar a ser completamente objetiva, ya que el fundamento de dicha responsabilidad se apoya también en los pilares tradicionales de la culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in operando*, por lo que no se abandona de forma total y absoluta el fundamento culpabilístico¹²⁹. Pero a diferencia del artículo 1903.IV CC, no hay duda que en el ámbito penal se está ante una responsabilidad vicaria del empresario, ya que el

¹²⁷ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13008.

¹²⁸ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 36 y ss.

¹²⁹ Así, por ejemplo, SSTS, 2a, 14.7.2000 [RJ 2000\7511], 22.9.2000 [RJ 2000\8070], 17.10.2002 [RJ 2002\9168], 22.7.2003 [RJ 2003\6054], 27.4.2005 [RJ 2005\5695], 19.7.2005 [RJ 2005\6540], 18.10.2007 [RJ 2008\254], 12.12.2007 [RJ 2009\6614], 16.7.2009 [RJ 2009\6991], 24.3.2010 [RJ 2010\5533], 3.3.2011 [RJ 2011\2507] y 27.6.2012 [RJ 2012\11231].

propio artículo 120.4 CP destaca que, aunque sí necesita de la actuación dolosa o culposa del dependiente para determinar la responsabilidad civil subsidiaria del empresario, ésta se declara con total independencia de que en su actuación haya existido o no culpa, ya que en este precepto su culpa o negligencia no aparece mencionada ni como exigencia ni como presunción¹³⁰. Además, como se ha afirmado con acierto, el hecho de que en el sistema previsto en el art. 120.4 CP se prevea una responsabilidad subsidiaria del empresario esto no anula el carácter vicario de esta responsabilidad¹³¹.

El carácter vicario de la responsabilidad civil subsidiaria del empresario se pone de manifiesto en algunas sentencias del Tribunal Supremo, por lo que no es una práctica habitual de esta Sala Segunda declararla. Así, diferentes sentencias y una muy reciente, aluden al carácter vicario y objetivo de la responsabilidad del principal, por entender que “[L]a expresión de origen anglosajón alude a que se responde de los hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. Es una responsabilidad que no admite excusa, y, por consiguiente, objetiva. [...] Es el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de los empleados del art. 120.4 CP siendo vicaria y de carácter objetivo, pues no admite, como hace el CC, ninguna prueba liberatoria del empresario fundada en su comportamiento diligente”¹³².

¹³⁰ Carlos Manuel Díez Soto, “Comentarios al artículo 120.4 del CP”, en Manuel Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, vol. IV, Madrid, Edersa, 1999, pp. 680 y ss., y Mirentxu Corcoy Bidasolo / Santiago Mir Puig, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 286.

¹³¹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 264 y 265. Es de la misma opinión, recientemente, Surroca Costa, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos*, y *Administración Pública*, cit., p. 199.

¹³² SSTS, 2a, 15.9.2008 [RJ 2008\4392], 17.3.2010 [RJ 2010\4499], 3.3.2011 [RJ 2011\2507] y 14.3.2013 [RJ 2013\3963].

En efecto, no escapa a nadie, que el sistema español de responsabilidad civil del empresario por hecho o culpa del dependiente fundado en la culpa presunta del primero, “actúa en la práctica diaria, como el propio de la responsabilidad vicaria francesa, italiana o angloamericana”¹³³. Esta última orientación refleja la evolución de la jurisprudencia española al aplicar el art. 1903.IV CC hacia posturas que, sin aceptar la responsabilidad objetiva pura, tienden a un marcado matiz objetivo¹³⁴. Incluso, se llega a calificar la responsabilidad del empresario por hechos de sus dependientes como responsabilidad objetiva o fundada en el riesgo de empresa¹³⁵, nada en desacuerdo con el principio de justicia al que recorre la jurisprudencia inglesa, canadiense o americana. Así lo refleja, por ejemplo, la STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291]¹³⁶, la cual recoge esta evolución en los siguientes términos: “[L]a aplicación de la preceptiva legal ha sugerido diversas interpretaciones caracterizadas por una evolución hacia posturas que, sin aceptar la responsabilidad objetiva pura, tienden a un marcado matiz objetivo. [...] con una impronta objetivista (no en el sentido técnico, sino en el de menor dificultad para declarar la responsabilidad) cuando se admite la presunción de culpa, o se atribuye la carga probatoria al empresario, las teorías objetivadoras ponen el acento de la responsabilidad empresarial en la doctrina de la prolongación de la actividad del empresario en el empleado (teoría de la representatividad u orgánica), o en la creación del riesgo, bien en la perspectiva de que quien aprovecha el beneficio, lucro o utilidad de la actividad peligrosa debe sufrir la indemnización del quebranto padecido por el tercero (*cuius commoda eius incommoda; ubi*

¹³³ Zelaya Etchegaray, en *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 193.

¹³⁴ Vide, con más detalle, Solé Feliu, *La responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares*, cit., pp. 2 y ss.

¹³⁵ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 179.

¹³⁶ La misma trata el caso de un instructor de aviación que impartía clases prácticas de vuelo con un alumno, cuando el avión tuvo un accidente en el que ambos murieron. La familia del alumno fallecido reclama la responsabilidad civil tanto del piloto profesor como de la empresa que lo contrató, todo ello en base el art. 1903.IV CC.

emolumentum, ibi onus), o bien desde la óptica de la absorción del riesgo (el riesgo del factor humano se engloba en el riesgo de la empresa)”.

La misma sentencia sigue argumentando, que la doctrina jurisprudencial viene sosteniendo, con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica del art. 3.1 CC, que el precepto que se examina sostiene un caso de responsabilidad «cuasi-objetiva»¹³⁷. La aplicación de esta doctrina a los casos concretos se ha movido entre la atribución de la carga de la prueba de la total diligencia (medidas de control y vigilancia y adecuada elección) a la empresa demandada¹³⁸, a criterios de admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo¹³⁹. Por consiguiente, el ámbito de rigor del matiz objetivista ha de ponerse en relación, y guardar proporcionalidad, con las circunstancias del supuesto y tipo y entidad del riesgo creado.

Existen numerosos ejemplos jurisprudenciales que apoyan esta evolución de la jurisprudencia española de ir “objetivando” de modo gradual la responsabilidad del principal, e intentar así superar las limitaciones de la responsabilidad por culpa presunta, con el riesgo de caer a veces, en interpretaciones difícilmente compatibles con el tenor de la ley, de los que destacan, por ejemplo, las SSTS de 19.7.1993 [RJ 1993\6161] y 9.10.2000 [RJ 2000\9184]. Esta última sentencia, en concreto, declara que el régimen del artículo 1903.IV “es una responsabilidad objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo y en la culpa «in vigilando» o «in eligendo»; *lleva consigo la obligación de reparar el daño prescindiendo de la culpabilidad del autor material del mismo*” (énfasis añadido). En la misma línea, también la STS 12.12.2002 [RJ 2002\10978] señala que “el párrafo

¹³⁷ Entre otras, SSTS 28.10.1994 [RJ 1994\7875], 29.3.1996 [RJ 1996\2203], 3.7.1998 [1998\5411] y 31.10.1998 [RJ 1998\8164].

¹³⁸ SSTS 4.12.1984 [RJ 1984\6029], 19.7.1993 [RJ 1993\6161], 29.3.1996 [RJ 1996\2203] y 20.12.1996 [RJ 1996\9197], entre otras.

¹³⁹ SSTS 10.5.1986 [RJ 1986\2678], 21.9.1987 [RJ 1987\6188], 28.2.1992 [RJ 1992\1404] y 7.4.1997 [RJ 1997\2743].

cuarto del artículo 1903 del mismo cuerpo legal establece la obligación de responder del daño causado por actos ajenos, concretamente de empleados en el ejercicio de sus funciones, al empresario, persona física o jurídica; obligación de reparar el daño, basado en culpa «in vigilando» o «in eligendo», que tiene carácter objetivo y solidario con la obligación del propio causante”.

Aun y mantenerse la referencia a la culpa, la jurisprudencia española de ambas Salas, ha ido realizando una labor interpretativa por la que se ha venido objetivando dicha responsabilidad. El fundamento radica en entender que la empresa atrae formas de responsabilidad objetiva, en cuanto que es capaz de influir sobre las grandes cifras del riesgo a través de múltiples decisiones de gestión de sus elementos personales y materiales, que, además, adoptará bajo los principios de optimización o máximo beneficio propios de la empresa. Además, esos mismos principios le servirán para internalizar los costes de la responsabilidad o asegurarlos sin excesiva dificultad¹⁴⁰.

Sin embargo, la Sala Primera del Tribunal Supremo, a pesar de reconocer su propia evolución, recalca que nunca se ha llegado a establecer la responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, sino que más bien se ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que se venía aplicando el art. 1902 CC¹⁴¹. De igual modo, la reciente STS de 14.3.2011 [RJ 2011\2771], señala que hay “una apreciación cada vez más objetiva de la culpa extracontractual”. Y añaden las SSTS 29.1.2003 [RJ 2003\616], 19.11.2008 [RJ 2009\6931] y 11.4.2011 [RJ 2011\3447] entre otras, que la

¹⁴⁰ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 179.

¹⁴¹ SSTS 25.9.1998 [RJ 1998\7070] y 26.6.2006 [RJ 2006\4612].

tendencia es la de “proclamar posiciones cuasi-objetivas –yendo cada vez más hacia la objetivación pura–”¹⁴².

d) *La pertenencia de los auxiliares a la organización*

El resultado de estos factores, más el hecho de que la víctima a menudo no puede identificar al empleado causante directo del daño siéndole más fácil identificar a la empresa para obtener la indemnización del daño sufrido¹⁴³, pueden ser motivos suficientes para que en la práctica los tribunales europeos, incluidos los españoles, que aún tienen el modelo tradicional de responsabilidad por culpa presunta del empresario, tiendan a dificultar la prueba de exoneración del principal. En consecuencia, tal y como también entiende un sector minoritario de la doctrina española¹⁴⁴, es obvio que se considere esta responsabilidad como vicaria, porque este sistema de responsabilidad por culpa se diluye ante esta evidente dificultad de exoneración del principal que lo coloca en una situación poco favorable.

¹⁴² SSTS 11.3.2004 [RJ 2004\901], 29.4.2004 [RJ 2004\2092], 27.10.2005 [RJ 2005\7357], 31.3.2006 [RJ 2006\5306], 27.11.2006 [RJ 2006\9119], 10.9.2007 [RJ 2007\4979] y 5.11.2007 [RJ 2007\8100].

¹⁴³ Salvador Coderch *et. alii.*, “Respondeat Superior I”, cit., p. 7.

¹⁴⁴ Véase Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit. p. 192. De la misma opinión es Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 182 y ss. Así mismo, Solé Feliu apunta que la jurisprudencia tiende a contemplar cada vez con más flexibilidad el vínculo entre el principal y sus auxiliares, todo con el objetivo de conseguir la responsabilidad del primero. En definitiva, se trata de una realidad que, probablemente, encaja mejor en un modelo de responsabilidad vicaria que con el tradicional régimen de responsabilidad por culpa presunta del principal. Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p.12. Recientemente se pronuncia a favor de un régimen de responsabilidad vicaria como propuesta de *lege ferenda* para el derecho español, Beluche Rincón, “*La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*”, cit., pp. 209 y ss.

Por lo que es clara la tendencia jurisprudencial de cambiar el modelo de responsabilidad del principal por culpa presunta hacia la “objetivación” de la responsabilidad del principal, al reconocerse la insuficiencia de la teoría de la culpa para satisfacer las exigencias de justicia y equidad en todo el arco de posibles situaciones de responsabilidad por daños. Además, esta insuficiencia también ha sido reconocida desde el primer momento por la mayoría de los Códigos civiles de nuestro entorno jurídico¹⁴⁵. Con el fin de superar estas dificultades, la jurisprudencia de aquellos ordenamientos jurídicos también ha desarrollado una serie de mecanismos pensados para superar las limitaciones legales, y que dan lugar al denominado proceso de “objetivación” de la responsabilidad del principal por culpa presunta.

Uno de esos mecanismos –utilizado especialmente en algunos ordenamientos jurídicos de raíz germánica– se caracteriza por interpretar el régimen legal de responsabilidad por culpa presunta en términos de “responsabilidad por defectos de organización”. Es el caso de Suiza, que en 1984 el Tribunal Federal reformuló su propia interpretación del régimen previsto en el art. 55.1 CO, en la conocida sentencia *Schachtrahmen*¹⁴⁶, declarando que para que el principal pudiera exonerarse no era suficiente probar que había actuado conforme a la diligencia “in eligendo”, “in instruendo” o “in custodiendo” requerida, sino que, además, debía probar que había organizado su actividad empresarial de tal forma que evitase causar daños a terceros. Con ello, agravaba el régimen de responsabilidad del principal y lo acercaba –como ha señalado la doctrina– a un verdadero régimen de responsabilidad por defectos de organización (*Organisationshaftung*)¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Áurea Ramos Maestre, *La Responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 114.

¹⁴⁶ “Schachtrahmen-Fall” (1984, BGE 110 II 456).

¹⁴⁷ En este sentido, P. Widmer, “Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 263 y 264.

Un proceso semejante han seguido también los tribunales alemanes. Para evitar la aplicación del régimen de responsabilidad por culpa presunta del § 831.I.2 BGB, acuden a la regla general de responsabilidad civil prevista en el § 823 BGB, y derivan de ella un deber general de diligencia del principal en relación con la organización de su actividad y la supervisión de sus auxiliares, sin que pueda delegar su cumplimiento en los auxiliares como vía para eludir la responsabilidad. De este modo, una vez se demuestra que el principal infringió ese deber general, responde por “negligencia organizativa” (“*Organisationsverschulden*”) conforme a lo dispuesto en el § 823 BGB¹⁴⁸, con una diferencia importante respecto del régimen previsto en el § 831.I.2 BGB, y es que la jurisprudencia no admite que el principal pueda aportar ninguna prueba exoneratoria¹⁴⁹.

Un buen ejemplo de que no se está tan lejos de la tan ansiada responsabilidad vicaria en España y, por consiguiente, de la objetivación de la responsabilidad del principal, es la STS de 21.6.2006 [RJ 2006\3080]¹⁵⁰. En la misma, el Alto Tribunal opta literal y directamente por aplicar responsabilidad vicaria a la Clínica empleadora por el daño que causa un auxiliar con alta cualificación técnica, una comadrona, que formaba parte de su cuadro facultativo: “con arreglo a la moderna doctrina científica nos encontramos con la configuración de una responsabilidad del empresario

¹⁴⁸ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 504 y 505.

¹⁴⁹ Ulrich Magnus / Jörg Fedtke, “Liability for Damage Caused by Others under German Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 113. Recientemente, véase Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 9 y ss.

¹⁵⁰ En la Clínica nació un niño sano y sin defectos físicos apreciables, pero recibió de Carolina, que asistió a la ginecóloga durante el parto, una inyección intramuscular en la nalga derecha de un miligramo de vitamina k que vino a afectar a su nervio ciático. Por ello, el menor sufre una lesión en dicho nervio que no le impide andar, aunque tiene tendencia a volver hacia dentro el pie derecho el cual mide un centímetro menos que el izquierdo. Dicha inyección se administró en la región glútea del recién nacido, pese a que el área segura para ello es muy reducida en esa región, por lo que se podía haber administrado aquélla, sin ningún riesgo, en otras áreas corporales como el muslo o el antebrazo.

como «responsabilidad vicaria» de la empresa empleadora, y así también jurisprudencia emanada de numerosas sentencias de esta Sala ha impregnado la misma de una progresiva responsabilidad, *que incluso abarca a la responsabilidad por negligencia profesional del personal de la misma, cuya actividad no puede ser controlada de forma directa por la patronal en la que aquél presta sus servicios. Resultando una responsabilidad de la empresa sobre la que surge la posibilidad de ser exigida directamente (énfasis añadido)*”.

En efecto, el argumento totalmente acertado que utiliza el Tribunal Supremo para hacer responsable civil a la Clínica empleadora es que, aun y la imposibilidad de poder controlar el principal a todos sus auxiliares altamente cualificados, como no se daría en el caso la culpa *in vigilando* por ser imposible dicho control, por lo que no respondería civilmente el principal por faltar el requisito de la culpa, el Tribunal por el mero hecho de estar incardinados los auxiliares en su organización y causar el daño dentro de la esfera del riesgo creado por la Clínica, le aplica directamente responsabilidad vicaria para hacerla responder.

Por consiguiente, la responsabilidad civil de la empresa surge porque el concepto de dependencia pertenece o se enmarca dentro de la titularidad empresarial, independientemente de que el auxiliar tenga o no una cualificación técnica concreta. Así se soluciona el problema que se le plantea al Tribunal y consigue un resultado óptimo. De un lado, el auxiliar que ha actuado por culpa responde civilmente por el art. 1902 CC y, de otro, el empresario responde civilmente por el artículo 1903.IV CC porque su responsabilidad es objetiva, a raíz de tener la titularidad empresarial. Si bien, el Alto Tribunal además consigue la indemnización para la víctima de la persona más solvente, no es menos cierto que la responsabilidad según el redactado actual del artículo 1903.IV CC es por culpa presunta y no objetiva. Por lo que esta interpretación, aunque pese, es *contra legem*. Este criterio es también seguido por parte de la doctrina española la cual argumenta que “el 1904 CC solo se entiende prescindiendo de toda idea de

responsabilidad por culpa (por muy presunta que sea ésta), y pensando que no es sino una manifestación más de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria y de sustitución: la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular¹⁵¹”.

Lo que importa, pues, en Derecho de daños es determinar cuándo una persona física o jurídica debe ser estrictamente responsable de los daños que está históricamente ligada a él y no a su responsabilidad, sino por una conducta que cae por debajo de un nivel o estándar general a la que todos están sujetos. Debido a que el empleador deposita en la comunidad una empresa que lleva consigo ciertos riesgos, cuando los riesgos se materializan en daño, es justo que la persona u organización que creó la empresa y, por consiguiente crea el riesgo, deba soportar la pérdida. El núcleo de este razonamiento es el principio de justicia que constituye uno de los fundamentos morales del derecho de daños. Este principio exige que las personas que crean un riesgo no razonable, como una cuestión de derecho, deban pagar por el daño resultante, ya sea total o en proporción al riesgo que crean¹⁵².

¹⁵¹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301.

¹⁵² Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 412 y 413.

3.2.3. Modelos de responsabilidad vicaria: en particular, el modelo de los PETL

En efecto, este modelo de responsabilidad vicaria es el dominante en Europa¹⁵³. Francia sigue el régimen de *responsabilité des commettants*¹⁵⁴ del artículo 1384(5) del *Code Civil* francés (y que parece consolidar el texto de los artículos 17 y 18 relativos a la propuesta de revisión de la responsabilidad civil del empresario, a petición del Ministerio de Justicia francés)¹⁵⁵, el cual establece que “los amos y patronos son responsables por los daños causados por sus criados y empleados en la funciones que han sido empleados”¹⁵⁶. También se trata del modelo que sigue el §1315 ABGB

¹⁵³ Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1998, vol. 1, p. 198.

¹⁵⁴ Así, Geneviève Viney / Patrice Jourdain, “Les conditions de la responsabilité”, en Jacques Ghestin (Ed.), *Traité de Droit Civil*, 3ème éd., Paris, LGDJ, 2006, pp. 974 y ss.

¹⁵⁵ En realidad, esta propuesta apuesta por un sistema dual que distingue en función de si existe o no un contrato de trabajo entre ambas partes. Cuando exista el mismo, responderá el principal objetivamente, es decir, se atribuirá a la empresa la responsabilidad de los daños causados por sus actividades, basándose en el concepto de riesgo-beneficio. Y cuando no exista contrato laboral entre auxiliar y principal, responderá el segundo a menos que demuestre la ausencia de culpa personal. Según dispone el artículo 17: “L’employeur est de plein droit responsable du fait du salarié commis dans son emploi”. Así mismo, el artículo 18 dispone: “Dans les cas où le lien de préposition ne procède pas d’un contrat de travail, le commettant répond du fait commis dans le cadre de sa mission par la personne physique qui lui est préposée. Le commettant s’exonère en prouvant qu’il n’a pas commis de faute”. Véase al respecto Anne Outin-Adam, “Responsabilité des employeurs et salariés”, en François Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz – Sirey, 2011, pp. 160 y 161.

¹⁵⁶ “Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés”.

austríaco¹⁵⁷; también del artículo 2049 del *Codice Civile* italiano que habla de quien ocasiona daños a otro “nell’esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”¹⁵⁸; del artículo 6:170 BW de los Países Bajos¹⁵⁹ o de Portugal que sigue el régimen de la *Responsabilidade do comitente* del artículo 500 del *Código Civil* portugués¹⁶⁰.

Del mismo modo, este modelo de responsabilidad vicaria es también el vigente en el derecho inglés, en cuyo marco el demandante debe probar que el auxiliar cometió un *tort*, que tenía la condición de auxiliar respecto del principal, así como que el *tort* se cometió “in the course of the employment”. La prueba de estos elementos desencadena la responsabilidad

¹⁵⁷ El § 1315 ABGB establece un régimen de responsabilidad (objetiva) del empresario por los daños causados por sus auxiliares, cuando el auxiliar designado es incompetente o una persona peligrosa para realizar las tareas encomendadas. Una explicación del sistema austríaco puede verse en Helmut Koziol / Klaus Vogel, “Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, pp. 11 y ss. Con carácter más general, von Bar, *The Common European Law of Torts*, cit., pp. 199 y 200.

¹⁵⁸ F. D. Busnelli / E. Bargelli / G. Comandé, “Liability for Damage Caused by Others under Italian Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 165.

¹⁵⁹ Para considerar responsable al principal es suficiente la conducta “objetivamente negligente” del auxiliar, por lo que tan sólo se requiere la conducta “ilícita” (unlawful act) de éste, en Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 27 y 28. Para más información, véase Matthias Haentjens / Edgar du Perron, “Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 172.

¹⁶⁰ Así el Art. 500.2 *Código Civil* establece que: “A responsabilidade do comitente só existe se o facto danoso for praticado pelo comissário, ainda que intencionalmente ou contra as instruções daquele, no exercício da função que lhe foi confiada. En este sentido, véase J. Sinde Monteiro / Maria Manuel Veloso, “Liability for Damage Caused by Others under Portuguese Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 199.

objetiva del principal, como si él mismo hubiese cometido el *tort*¹⁶¹. Si bien se observa, todos estos presupuestos, con excepción de la culpa del principal, son los mismos que deben darse en los casos de responsabilidad por culpa presunta.

También en los Estados Unidos de América, el modelo dominante es el de responsabilidad vicaria del principal, al responder objetivamente el principal por los daños causados por la negligencia de sus dependientes¹⁶². Así resulta del actual § 7.03 (2) del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, según el cual:

*“un principal responde de forma vicaria frente a un tercero del daño causado por la conducta de un agente cuando, (a) tal y como se establece en el artículo 7.07, el agente es un empleado que comete un ilícito actuando en el ámbito de sus funciones”*¹⁶³.

¹⁶¹ Véase Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 6 y ss., y Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., cit., p. 419; Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 397. Más recientemente, véase también el estudio del profesor Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 31 y ss.

¹⁶² Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 8 y 9.

¹⁶³ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006, pp. 151 y ss., 198 y ss. A su vez, el § 7.07 (1) dispone que “un empleador responde de forma vicaria por un ilícito cometido por su empleado actuando en el ámbito de las funciones”. Se trata de un régimen que sigue, con importantes diferencias, el modelo ya establecido por el anterior artículo 219 *Restatement (Second) of the Law of Agency*, según el cual “El dueño responde por los daños de sus sirvientes cometidos en el ejercicio del ámbito de sus funciones” (“[A] master is subject to liability for the torts of his servants committed while acting in the scope of their employment”).

En definitiva, los requisitos de la existencia de un daño, de una relación específica (por lo general la dependencia), y de que el daño se produce en el curso del empleo forman así un marco común de análisis. Esta definición triple forma la base de la responsabilidad civil tanto en el *common law* como en las jurisdicciones de derecho civil, como por ejemplo, el artículo 1384(5) del Código Civil francés o de la legislación alemana en el § 831(1). Esto se refleja también en las recientes propuestas unificadas de los modelos europeos de “responsabilidad por los actos de los demás” (“*liability for the acts of other*”) que, a pesar de ciertas diferencias, identifican este marco como el “núcleo común” (“*common core*”) de los sistemas jurídicos europeos¹⁶⁴. De hecho, las dos propuestas europeas de aproximación legislativa más trascendentes en el momento actual, proponen que para declarar la responsabilidad vicaria del principal basta la prueba de la relación de dependencia y de la responsabilidad del auxiliar.

Así mismo, los principios de responsabilidad civil aprobados por el *Study Group on a European Civil Code*, en el marco del *Common Frame of Reference*, también establecen en su artículo VI 3:201 (1) DCFR un régimen de responsabilidad objetiva para el principal al tener que responder, no por el dolo o la culpa del responsable, sino por la persona que causó directamente el daño, es decir, el auxiliar¹⁶⁵. Así,

¹⁶⁴ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13008; Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 420. Opción que siguen también algunos proyectos de reforma nacionales del derecho de la responsabilidad civil. Más allá del ejemplo francés, ya comentado, la propuesta de redacción del nuevo § 1315 ABGB austríaco, opta también por un régimen de responsabilidad vicaria. Sobre la cuestión, Manuela Weissenbacher, “European reports, Austria”, en Bernhard A. Koch (ed.), *Damage caused by genetically modified organisms*, Berlin / New York, Sellier de Gruyter, 2010, pp. 18 y 19.

¹⁶⁵ Christian von Bar / Eric Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 6 vols., 2009, vol. 4, Com. Art. VI.— 3:201, p. 3453.

*“Quien emplea o de un modo similar toma a otro a su servicio responde por la causación de un daño jurídicamente relevante sufrido por un tercero si la persona empleada o a su servicio: (a) ha causado el daño en el desempeño de su empleo o servicio; y (b) ha causado el daño dolosa o negligentemente, o si le es imputable la causación del daño por cualquier otra razón”*¹⁶⁶.

En efecto, como establece el inciso (b) de este artículo, la responsabilidad se plantea no sólo en base a que el empleado perjudica la tercera persona a través de una intención o negligencia, sino también cuando el empleado es responsable de los daños que pudieran derivarse de un fundamento objetivo de responsabilidad (*“le es imputable la causación del daño por cualquier otra razón”*). Este inciso no es caprichoso, sino que tiene una importancia práctica, en particular, cuando la responsabilidad del empleado se discute, como sucede en los casos del “cuidador, guarda, vigilante o encargado” (*keeper*), por ejemplo, el poseedor de un animal (VI.-3:203 DCFR (Responsabilidad por los daños causados por los animales)) o de un vehículo de motor (VI.-3: 205 DCFR (Responsabilidad por los daños causados por los vehículos de motor)). El fundamento radica en que no queda claro cuando el *keeper* actuará en interés del principal. Por ello, este párrafo (b) evita la necesidad a la persona que ha sufrido el daño, de tener que identificar al concreto auxiliar que lo ha causado. Por lo tanto, el principal será responsable vicario aun cuando, en el caso concreto, no sea propiamente el encargado o vigilante de la cosa que causó el daño al responder objetivamente el auxiliar.

¹⁶⁶ “A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged (a) caused the damage in the course of the employment or engagement; and (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage”, en Study Group On a European Civil Code, Principles of European Law, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Berlin, Sellier/Bruylant/Stämpfli, 2009, p. 636.

Del mismo modo, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL), presentados por el *European Group on Tort Law* (EGTL)¹⁶⁷, tratan la responsabilidad civil del principal como vicaria y con escasas o nulas posibilidades de exoneración aunque éste no haya incurrido en culpa¹⁶⁸. Así, el artículo 6:102 (1), dispone que:

“una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible”.

Debido a su importancia por la unificación del Derecho de daños en Europa, es normal que, aunque nuestro Código Civil exija una responsabilidad del empleador por su culpa y con inversión de la carga de la prueba, nuestra jurisprudencia, en aras a realizar una interpretación sociológica del precepto, y con función de servirles de referencia y ayuda al igual que al resto de los Tribunales Superiores de los distintos estados europeos, en diferentes sentencias aplica responsabilidad vicaria muy similar a la del Art. 6:102 (1) PETL, en los casos de responsabilidad del principal por los daños causados por sus auxiliares a través de mencionar los PETL directamente, aunque, como se verá, no siempre de modo acertado¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Se sigue la versión castellana de los PETL, así como la traducción de los comentarios, publicados por el European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., 2008.

¹⁶⁸ Olivier Moréteau, *Introducción Responsabilidad por otros*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín-Casals, cit., pp. 157 a 161.

¹⁶⁹ SSTS de 6.3.2007 [RJ 2007\1828], 10.10.2007 [RJ 2007\6813] y 21.11.2008 [RJ 2009\144]. Aunque se divisa un cambio de tendencia hacia la responsabilidad vicaria, el mismo es momentáneo (2007-2009, años comprendidos de las sentencias que contienen o citan los PETL), ya que no se han encontrado más sentencias que los utilicen y sí más sentencias que vuelven a la responsabilidad por culpa del empresario, como por ejemplo, las SSTS 16.10.2007 [RJ 2007\7102], 21.11.2008 [RJ 2009\144] y 17.11.2010 [RJ 2010\9161].

La primera decisión en la que la jurisprudencia española citó los PETL –y no de modo acertado–, fue la mencionada STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828]¹⁷⁰. La misma trata el caso sobre la responsabilidad civil de un banco por los actos ilícitos de un director cometidos en la oficina de una de sus sucursales. El Tribunal Supremo español analizando su jurisprudencia anterior sobre el tema, consideró que en todos los casos similares en que había considerado a los bancos responsables por los actos de sus empleados, que con su conducta ocasionaron daños a sus propios clientes, había sido debido a que el banco no había cumplido “lo que el art. 6:102 [*sic: rectius* 6:101] de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad civil, denomina “el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión” (“[*t*]o the required standard of conduct in supervision”) o lo que es lo mismo, se había infringido el deber de vigilancia”¹⁷¹. Aunque concluyó diciendo –con acierto– que en este caso el banco no puede ser considerado responsable porque después de tener una reunión junto con el demandante y el director de la sucursal, era evidente para el prestamista que el director

¹⁷⁰ Como garantía del pago, el director entregó tres cheques contra su cuenta corriente al prestamista, todos ellos conformados por él mismo como director de la oficina del Banco. La entidad bancaria, conocedora de la operación y de su irregularidad, convocó una reunión de sus responsables con el director del banco y el prestamista en la que el director devolvió dos de los tres cheques. En el documento otorgado en este momento y firmado por todos los implicados, entre ellos el prestamista, el Banco hizo constar que la firma de conformidad realizada por el director era irregular y que no la aceptaba como válida, rechazándola expresamente. Como tiempo después el director del banco aún no había pagado el tercer cheque, el prestamista demandó al banco por la responsabilidad derivada del artículo 1903. IV del CC.

¹⁷¹ De hecho, el art. 6:102 PETL se refiere a la “responsabilidad de los auxiliares”, que prevé la responsabilidad vicaria, pero aquí las citas que hace el Tribunal Supremo es sobre el art. 6:101 PETL (Responsabilidad por los menores o por discapacitados psíquicos) que establece la responsabilidad basada en la culpa con inversión de la carga de la prueba cuando establece que “[una] persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión”. Por todo ver, Miquel Martín-Casals, *The Impact of the Principles of European Tort Law (PETL) in Spanish Case Law*, (2010) 3 JETL [Journal of European Tort Law], pp. 308 y 309.

empleado no estaba actuando dentro del ámbito de sus funciones, la verdad es que la sentencia no lo advierte en el fallo, declarando la exoneración del banco por la inexistencia de culpa, siendo lo decisivo del caso, precisamente, que el director no actuaba dentro del ámbito de las funciones. Por lo que entendió que la entidad bancaria “actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prestatario”.

En el mismo sentido, la STS 10.10.2007 [RJ 2007\6813] –que cita tanto la mencionada STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828] como el artículo 6:102 PETL–, versa sobre la agresión sufrida por un portero de hotel por un jugador de un club de baloncesto, también comentada anteriormente, en la que se demanda la responsabilidad civil tanto del jugador de baloncesto como del Club deportivo al que éste pertenecía. En el recurso de casación, el Club argumentó que los hechos se produjeron fuera del espacio donde pudiera existir un deber de vigilancia por su parte y, de igual modo que en el caso anterior, declara la exoneración del Club por la inexistencia de culpa y no en base a que el jugador no actuara dentro del ámbito de las funciones, pese a argumentar que el origen del accidente no guardaba relación alguna con la actividad o servicio que prestaba el codemandado.

Efectivamente, entre otros motivos para rechazar la responsabilidad del Club deportivo, el Tribunal Supremo señaló que el club no responde porque nada tiene que ver la agresión de su jugador con la organización del transporte por parte del club. Es decir, el Club no tenía ninguna obligación de supervisar la conducta de su jugador, ya que éste se marchó solo con sus propios medios del hotel (al solicitar personalmente un taxi), y no con el transporte que organizó para los jugadores el Club deportivo, por lo que el

jugador de baloncesto también actuaba fuera de las funciones encomendadas¹⁷².

Y lo mismo ocurre con la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], en la que se condena a la institución “Cruz Roja” por la novatada que realizó un marinero voluntario suyo a otro voluntario al que le causó serias lesiones. Para el Tribunal Supremo, aunque está claro que el marinero se extralimitó en sus funciones y que no por ello deja de actuar en el ámbito del servicio en el que estaba empleado cuando se produjo el daño, vuelve a basar el fallo erróneamente en la inexistencia de culpa de la institución¹⁷³.

Efectivamente, la responsabilidad del empleador, de acuerdo con la redacción del Código Civil y en contraste con los PETL, se basa en la responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, ha experimentado un fuerte proceso de “objetivación”, que en la práctica, se ha convertido en responsabilidad vicaria, en línea muy similar a la del art. 6:102 (1) PETL. Por esta razón, es bastante sorprendente que el Tribunal Supremo español, en tres decisiones, recurre a los PETL y presta atención a si el empleador o el director “se ha ajustado a la norma de conducta en materia de supervisión”, citando lo que establece el art. 6:102

¹⁷² Decisión comentada por Gema Díez-Picazo Giménez / Isabel Arana de la Fuente, *El desbordamiento del Derecho de Daños, jurisprudencia reciente*, Cizur Menor, Thomson Reuters - Civitas, 2009, pp. 227 a 232.

¹⁷³ En palabras del Alto Tribunal: “si bien es cierto que una novatada, en ocasiones, como la enjuiciada, puede causar lesiones o secuelas graves a quien la sufre, no encaja exactamente entre las tareas que fueron encomendadas al agresor por la Cruz Roja [...], también lo es que se ha desconocido por la demandada lo que el artículo 6:102 de los Principios de Derecho Europeo de responsabilidad civil denomina "el estándar de conducta que le era exigible en la supervisión", citado en la Sentencia de 6 de marzo de 2007, o, lo que es lo mismo, se ha infringido el deber de vigilancia de las actividades llevadas a cabo por uno de sus voluntarios, militar o no, en el desarrollo y cumplimiento de la función que le había sido encomendada de achicar agua de los botes de la propia Cruz Roja, que estaban en el pantalán listos y a su disposición, puesto que los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”.

PETL. De hecho, cuando se analiza con más detalle, las tres decisiones tratan el problema de si el auxiliar había estado actuando en el ámbito de sus funciones¹⁷⁴, y el resultado sería el mismo sin tener que recurrir a si el principal se había ajustado a la norma de conducta en materia de supervisión.

Como bien señala Martin-Casals, “¿Significa esto un paso atrás a la exigencia de culpa por parte del empleador, ya sea *in vigilando o in eligendo*?¹⁷⁵ Es claro que en éstas sentencias se usan estos principios como función interpretativa integradora por la limitación del propio sistema de responsabilidad por culpa del art. 1903.IV CC. El Tribunal Supremo utiliza los PETL como un conjunto de herramientas útiles que ayudan a resolver casos en los que si se aplicara únicamente el Código Civil, no se resolverían adecuadamente.

El amplio uso de la responsabilidad vicaria, por parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, para declarar la responsabilidad civil del principal por la actuación negligente de sus auxiliares, muestra este modelo como un concepto necesario en cualquier estado industrialmente avanzado¹⁷⁶. Aplicar este régimen de responsabilidad objetiva al principal que actúa de modo impecable, aparentemente sugiere una injusticia, a lo que los sistemas de responsabilidad por culpa presunta deberían responder que su régimen de imponer una presunción *iuris tantum* de responsabilidad por falta de diligencia, lo resuelve. Pero, aunque en teoría, la norma prevé la posibilidad de exoneración del principal por medio de la prueba de la supervisión, instrucción o selección diligente de sus auxiliares, los tribunales aumentan el nivel de exigencia hasta tal punto que, en la práctica,

¹⁷⁴ Para una información más exhaustiva *vide infra* III.

¹⁷⁵ Martín-Casals, *The Impact of the Principles of European Tort Law (PETL) in Spanish Case Law*, cit., p. 325.

¹⁷⁶ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 421.

deviene imposible alcanzar la exoneración, convirtiéndose, así, en una verdadera responsabilidad vicaria.

En conclusión, en vista del predominio de los regímenes de responsabilidad vicaria tanto del entorno europeo como del *common law*, además de los serios problemas planteados en todos aquellos ordenamientos todavía anclados formalmente en la culpa presunta del principal, como el caso español y alemán, es necesario preguntarse si este modelo ha quedado obsoleto y debe sustituirse por el modelo de responsabilidad vicaria, o si el mismo no cabe aplicarlo en nuestro ordenamiento jurídico.

4. Una propuesta de reforma legal

4.1. *Responsabilidad vicaria del principal por hechos de los auxiliares*

Lo expuesto hasta ahora debe hacernos reflexionar. Ante una posible regulación sobre la materia no se puede obviar que la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos y no europeos, aplican una responsabilidad vicaria al principal. Sin embargo, la realidad española es dispar frente a esta línea marcada por la objetivación de la responsabilidad del empresario expuesta hasta aquí, ya que existe otra línea representada, de un lado, por un sector de la doctrina que defiende que, mientras se mantenga la actual redacción del artículo 1903.IV CC, esta responsabilidad estará basada en la culpa¹⁷⁷. Sin embargo, esta doctrina empieza a resquebrajarse, ya que, Barceló Doménech matiza que debe estimarse conveniente, en una futura reforma legislativa, dotar a la norma de carácter objetivo. Este autor lo justifica por la evolución que han sufrido las relaciones económicas y las laborales en el seno de la empresa, lo que hace muy fácil la crítica a los viejos expedientes de la culpa en la elección o en la vigilancia. Asimismo, Gómez Calle considera que de *lege ferenda* es deseable un régimen objetivo, por una supuesta insuficiencia o inadecuación del criterio de la culpa, no en los casos de padres o tutores, si no, concebida la empresa como unidad económica y de riesgos, sí que podría consagrarse la responsabilidad objetiva de su titular, quien, en último término, se encuentra en condiciones de calcular el coste de los posibles daños (o, en su caso, el de su

¹⁷⁷ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 138 y ss., Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 179 y ss. y Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1014 y ss.

aseguramiento), para incluirlo entre los propios de su actividad y repercutirlo en el consumidor o usuario de sus productos o servicios.

De otro, que está representada por un número muy considerable de sentencias, se rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige la prueba de la culpa del empresario. Y parece que la jurisprudencia española ha acabado sucumbiendo a estas influencias doctrinales, ya que este criterio es el seguido, decididamente, en las más recientes sentencias de esta Sala. Así, en las SSTS 9.7.2001 [RJ 2001\5001], 6.11.2001 [RJ 2002\237], 27.5.2003 [RJ 2003\3930], 8.3.2004 [RJ 2004\1815] y 17.12.2005 [RJ 2005\1815], se analiza muy detenidamente la concurrencia de la culpa del empresario: “como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de cumplida demostración de la culpabilidad del agente en la producción del daño –que es lo que determina su obligación de repararlo– *no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 en determinados supuestos* (énfasis añadido), pues el cómo y por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso”. Y en otras sentencias¹⁷⁸ cabe advertir un especial esfuerzo por identificar con precisión cuál fue la omisión concretamente imputable al empresario. Así, en la STS de 15.11.2005 [RJ 2005\7632], ya mencionada, el Tribunal decreta la responsabilidad de la empresa por hechos de sus empleados por entender que la muerte del peón fue producida por la caída del andamio instalado en el edificio en construcción a consecuencia de la omisión de las más elementales medidas de seguridad en instalaciones de esa clase. Esta omisión consistió en una falta de control y supervisión por el encargado de la obra dependiente del empresario. Todo ello, conlleva a la aceptación de responsabilidad civil extracontractual fundada en los arts. 1902 y 1903 del CC. Por lo que no resulta razonable desconocer la causalidad, en ninguna de

¹⁷⁸ SSTs 28.10.2005 [RJ 2005\7614] y 15.11.2005 [RJ 2005\7632].

sus secuencias (material o física y jurídica), por ser la deficiente instalación la causa adecuada para determinar el evento, cuya atribución al encargado de la obra se deriva de ser él mismo la persona a quién le correspondía supervisar su correcta disposición.

Es claro que el Tribunal Supremo sigue analizando la responsabilidad del artículo 1903.IV CC partiendo de la culpa del principal, pero en mi opinión, esta jurisprudencia tan variada no puede ser un elemento a tener en cuenta para determinar el régimen jurídico del art. 1903.IV CC, ya que su consecución es imposible. Prueba de ello es también la disparidad de opiniones doctrinales, de un lado, que a día de hoy se hacen eco de que el fundamento del artículo 1903.IV CC es prácticamente objetivo¹⁷⁹ en frente de los que declaran que, mientras se mantenga la actual redacción del artículo 1903.IV CC, esta responsabilidad estará basada en la culpa¹⁸⁰. Y, de otro, la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal para nada pacífica y que, en la actualidad, parece haber corregido la objetividad de sus decisiones, al afirmar que el sistema de responsabilidad establecido en el art. 1903.IV CC “no tiene carácter objetivo, sino que se funda en el principio culpabilístico” y que supone “una presunción de culpa que únicamente desaparece cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”¹⁸¹.

¹⁷⁹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 266, Lacruz Berdejo *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., p. 497, y Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21.

¹⁸⁰ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 138 y ss., y Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 346.

¹⁸¹ SSTS 16.10.2007 [RJ 2007\7102]), 6.2.2009 [RJ 2009\1369] y 14.5.2010 [RJ 2010\3494]. Doctrinalmente, Xiol Ríos, *Posición actual del tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación*, en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños 2013*, cit., p. 32.

De lo expuesto hasta aquí, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente, parece clara la necesidad imperante de que se rectifique este régimen para poder determinar el fundamento jurídico real del artículo 1903.IV CC. Como muy bien apuntan ambos sectores, en el fondo y forma, la culpa del empresario está sufriendo una evolución progresiva, y ello es debido a dos datos remarcables: de un lado, tener un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, de otro, tender a maximizar la cobertura, en lo posible, de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad del empresario, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría de la culpa; y en el campo procesal, la introducción de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un “plus” en la diligencia normalmente exigible al principal¹⁸². Por lo que a nadie le pasa inadvertido la exigencia por parte de nuestro Alto Tribunal de un grado de cumplimiento exquisito de las normas de diligencia y previsión, más allá de lo exigido reglamentariamente.

Por todo lo expuesto, a mi parecer, es claro que no hay conciliación entre los artículos 1903.IV y VI del Código Civil español. El análisis doctrinal y jurisprudencial acabado de realizar sobre este modelo de responsabilidad civil del empresario por culpa presunta, así lo demuestra. La solución inmediata es cambiar *lege lata* este modelo que no encaja en la realidad empresarial actual. Es claro que los tribunales incrementan las dificultades del empresario para probar el cumplimiento de la diligencia exigible: extienden los deberes de diligencia de las actividades de elección y vigilancia a la organización, proyección, distribución, así como en el control y dirección de la empresa. Por consiguiente, el mero cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias es considerado insuficiente para revocar la presunción de culpa. Sin embargo, la tendencia última del

¹⁸² SSTS 17.6.1997 [RJ 1997\5414], 29.12.1997 [RJ 1997\9602], 2.3.2000 [RJ 2000\1304], 11.7.2002 [RJ 2002\8247] y 9.3.2010 [RJ 2010\3787].

Tribunal Supremo es la de recalcar, una y otra vez, que este precepto exige la prueba de la culpa del empresario aunque, en sus resoluciones judiciales, utiliza el mecanismo de la enorme ampliación de la obligación *in vigilando* e *in eligendo* y de la elevación de la diligencia para lograr que responda el empresario y, a su vez, consigue no forzar el texto del artículo 1903.VI CC no deviniendo, así, una interpretación *contra legem* del mismo, pero con el resultado inevitable de que esta responsabilidad finalmente deviene realmente objetiva para el principal.

De ahí que mi propuesta es que de *lege lata* se reconsidere la responsabilidad del empresario y que la misma se funde en otra causa distinta de la culpa presunta del principal, que es la admitida por el Código, y prescindiendo aquí de las distintas teorías expuestas para justificar tal responsabilidad, diré que la tendencia más generalmente admitida hoy, es que la referida responsabilidad es sólo aplicable por una responsabilidad vicaria, más acorde a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, acorde también con la responsabilidad del artículo 120.4 CP y de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos y, como no, por la tendencia que existe a maximizar la cobertura de las consecuencias dañosas de la actividad humana.

Por todo ello, es más racional suponer que tales daños sean consecuencia o efectos de una empresa, que no atribuir la responsabilidad a una falta de diligencia que en muchas ocasiones no hay, y en otras es difícil probar que se obró con toda diligencia. Con todo lo cual, ha de perder importancia la teoría de la culpa, cuya atenuación lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un “plus” en la diligencia normalmente exigible al principal, para nada acorde con el articulado *in fine* del art. 1903 del CC, por lo que es ilógico seguir con la responsabilidad subjetiva en la que se basa este precepto.

En consecuencia, todos estos argumentos refuerzan la idea de que si esta responsabilidad fuera vicaria –como lo es en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno–, ya no cabría “inventar” conceptos modernos de culpa o aplicar el proceso de “objetivación” a la responsabilidad del empresario, ya que respondería éste por los hechos culposos de sus auxiliares, prescindiendo de toda exoneración del mismo y pudiendo las víctimas resarcir sus daños ante el más solvente, el empresario que, sabiendo de antemano que su responsabilidad es objetiva, aseguraría su responsabilidad en previsión de los daños futuros que podrían acaecer en el seno de su empresa.

Es patente las limitaciones que tiene este modelo de responsabilidad civil así como el esfuerzo ímprobo que debe hacer la jurisprudencia para adaptarse mejor al actual rol de la empresa, que le obliga a ir “objetivando” de modo paulatino la responsabilidad del principal mediante una aplicación flexible del precepto¹⁸³. De ahí que insista en la necesidad de que *lege lata* se cambie el redactado del artículo.

Creo que los motivos expuestos apoyan firmemente la posible regulación futura del artículo 1903.IV CC basada en una responsabilidad vicaria, tal y como sostiene parte de nuestra doctrina¹⁸⁴ y en la que cada vez se van sumando más autores¹⁸⁵. La finalidad, superar las limitaciones de la actual responsabilidad civil, principalmente, a causa de la solvencia limitada

¹⁸³ Miquel Martín-Casals, *La “modernización” del Derecho de la Responsabilidad Extracontractual*, Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 8 y 9 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit. p. 66 y ss.

¹⁸⁴ Como ya hemos comprobado a lo largo de esta exposición: Roca Trías, Zelaya Etchegaray, Martín-Casals, Solé Feliu, Beluche Rincón, Cavanillas Múgica, Yzquierdo Tolsada, Peña López, etc.

¹⁸⁵ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 179 y ss. y Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1014 y ss.

de la mayor parte de los auxiliares causantes de daños y que se refleja en la práctica jurisprudencial de nuestro país, cuando, por ejemplo, aplica los PETL para declarar directamente responsable al principal, o cuando prácticamente impide la exoneración de éste aunque el daño haya sido ocasionado en una adecuada organización empresarial, para indemnizar a la víctima inocente de un daño estadísticamente inevitable¹⁸⁶.

Recientemente, y de modo muy acertado, señala Peña López¹⁸⁷ que el régimen que se comenta funciona en la práctica como un régimen de responsabilidad vicaria en el sentido más estricto de la palabra. Esto es que no se requiere la constatación de ninguna actuación relevante del principal (de ningún «acto propio») en relación con el daño, más allá de la mera acreditación de la relación de dependencia. Por lo que se termina llegando a la conclusión de que la conducta objetiva y concreta ejecutada por el principal respecto del daño cuyo resarcimiento se pretende, no posee la más mínima trascendencia dentro de este régimen jurídico de responsabilidad. Es decir, el Tribunal Supremo en sus sentencias elimina por completo la relevancia de la conducta del responsable y, lo consigue a base de atribuir el daño a una “conducta” del responsable muy genérica y difusa. Así, los empresarios son causa del daño porque han decidido mantener una relación jurídica con sus dependientes.

Así las cosas y desde un punto de vista de política jurídica, parece que no se está tan lejos de la propuesta que hace el European Group on Tort Law en aplicar una responsabilidad vicaria al principal cuando sus auxiliares causan un daño a tercero (art. 6:102 (1) PETL). Aunque existe hoy un cambio jurisprudencial respecto a la “objetivación” de la responsabilidad por la tradicional de la culpa, tal y como se apuntaba anteriormente en este trabajo con cita a la STS 17.11.2010 [RJ 2010\9161] y las que cita la misma,

¹⁸⁶ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 170.

¹⁸⁷ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 13005 a 13009.

al establecer que “[E]l hecho de que se hubiera producido un resultado dañoso *no determina necesariamente que se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes* (énfasis añadido), pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts. 1902 y 1903 CC que es responsabilidad por culpa”, no se puede obviar que la gran empresa moderna y con el quehacer industrial y comercial actual es difícil para la víctima y, para el propio Tribunal Supremo, identificar cuál fue la causa concreta que causó el daño, si un defecto técnico o una negligencia humana¹⁸⁸.

Más aun, el hecho de que el principal se lucre y obtenga un beneficio económico con la labor del auxiliar, o como determina la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁸⁹, cuando las medidas utilizadas en la empresa no han impedido la causación del daño, revela la insuficiencia de las medidas tomadas por el principal frente a las posibles víctimas¹⁹⁰. De hecho, muchas sentencias recogen, entre sus fundamentos, razonamientos tan poco ajustados a la lógica como el de que el daño, si se produjo, demuestra, por su sola presencia, que algo que se podía haber hecho para evitarlo y no se hizo¹⁹¹. Por lo que la jurisprudencia objetiviza de hecho esta responsabilidad al exigir la prueba del agotamiento de todas las medidas posibles para evitar el daño. Los instrumentos jurídicos empleados por el Tribunal Supremo para llevar a cabo la tarea de objetivar la culpa extracontractual, como se ha apuntado anteriormente, son de diversa naturaleza y adecuación, de entre las que destaca la conocida “inversión de la carga de la prueba de la culpa”, y suele emplear criterios muy estrictos para entender acreditada la diligencia

¹⁸⁸ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 107.

¹⁸⁹ STS 24.5.2004 [RJ 2004\4033].

¹⁹⁰ Beluche Rincón, “*La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*”, cit., p. 216.

¹⁹¹ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 12978 y 12979.

debida¹⁹². En este sentido, la prueba de haber adoptado las medidas de seguridad reglamentariamente establecidas se declaraba siempre insuficiente.

Por lo tanto, todos estos motivos parecen suficientes para basar la responsabilidad del principal como vicaria. La razón es clara. Ante la insolvencia de sus auxiliares, ante la imposible exoneración del principal por más que sea diligente, éste será declarado directamente responsable. Así, el sistema de responsabilidad por culpa se diluye ante esta evidente dificultad de exoneración del principal que lo coloca en una situación poco favorable, lo que conlleva que esta responsabilidad, tal y como también considera un sector minoritario de la doctrina española, se considere como una responsabilidad vicaria.

En consecuencia, el empresario está mejor situado que los trabajadores para soportar y controlar los riesgos asociados a su actividad, es decir, el principal está en mejores condiciones para controlar el funcionamiento de su propia empresa, así como de hacer frente a las posibles indemnizaciones derivadas de los daños causados por sus empleados, distribuyendo socialmente los costes del daño dentro del mercado, ya sea a través del sistema de precios –repercutiendo el coste sobre el precio de los productos o servicios que presta–, ya sea a través del seguro de responsabilidad civil –cubriendo los riesgos creados por su actividad empresarial a través de la contratación de un seguro–¹⁹³. Por lo que, seguir manteniendo en nuestro contexto económico y empresarial actual un presunto deber de supervisar y vigilar individualmente la

¹⁹² Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 315 y 346.

¹⁹³ Salvador Coderch *et alii*, “Respondeat Superior I”, cit., pp. 6 y 8. Véase también Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 13.

actuación de todos sus dependientes, se hace difícil por no decir imposible, tal y como en la práctica ya muestra nuestra jurisprudencia.

Por consiguiente, aplicar al empresario una responsabilidad vicaria beneficiaría a la víctima en aras de obtener una indemnización y, a su vez, éste tomaría las precauciones necesarias para prevenir los riesgos y, no menos importante, no se haría por parte del Tribunal una aplicación *contra legem* del art. 1903.IV CC.

4.2. Responsabilidad presunta de los padres y guardadores

De lo expuesto hasta aquí, no cabe ninguna duda de que el régimen de responsabilidad por culpa presunta del empresario debe sustituirse por un régimen de responsabilidad vicaria. Pero no así la responsabilidad de los padres y guardadores la cual, a mi parecer, debería mantenerse con el mismo régimen de responsabilidad por culpa presunta, tal y como así está literalmente estipulado en el artículo 1903 CC, párrafos segundo y tercero, respectivamente.

Tal y como bien apuntan los PETL, la responsabilidad por hecho ajeno no se basa sólo en responsabilidad vicaria, sino que ésta contrasta con el régimen de culpa presunta que regula la conducta de los padres y guardadores por los daños que causen sus hijos menores o los pupilos (Art. 6:101 PETL):

“la persona que tiene a su cargo otra persona que es menor o sufre discapacidad psíquica responde por el daño causado por esa otra persona a menos que demuestre que ella misma cumplió con el estándar de conducta que le era exigible en su supervisión”.

Es claro que los intereses que se tutelan en ambos casos son diferentes, razón de más que los regímenes jurídicos que los regulan también lo sean. A ello, añaden los comentarios al artículo 3:104 DCFR que “la protección de la familia, desde el punto de vista de los derechos fundamentales prohíbe socializar las ventajas que comportan los hijos y privatizar las consecuencias negativas”¹⁹⁴.

En efecto, la diferencia estriba tanto en el beneficio propio que pueda obtener el empresario y los padres o guardadores como en los riesgos que puedan internalizar. Mientras que el principal usa a unos auxiliares en el ejercicio de una actividad personal o empresarial potencialmente creadora de riesgos con el fin de obtener un lucro propio, el beneficio propio que puedan obtener unos padres o guardadores cuando ejercen el control sobre los hijos menores o pupilos es más bien escaso, siendo el principal beneficiario de dicha labor, la sociedad en general¹⁹⁵. Por consiguiente, la carga que se impone a estos últimos no debe ser demasiado pesada. O si se quiere, es más justo aplicar a los empresarios un régimen más estricto de responsabilidad a raíz del beneficio obtenido. Normalmente, los riesgos o consecuencias negativas creados por los auxiliares están cubiertos por un seguro, se privatizan. La idea básica diferenciadora se encuentra en la distinta función que unos y otros cumplen en la sociedad y que impide, por ejemplo, a los padres, repercutir los costes de las indemnizaciones o de las primas asegurativas sobre el precio de sus productos, a diferencia de lo que puede hacer un empresario. Además, los padres no pueden “desvincularse” de sus hijos negligentes con el fin de evitar responsabilidades futuras como,

¹⁹⁴ Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. VI.— 3:104, p. 3435.

¹⁹⁵ Véase Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 11; Olivier Moréteau, *Introducción Responsabilidad por otros*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín-Casals, cit., pp. 158 y 159. En el mismo sentido, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 266 y Salvador Coderch *et. alii.*, “Respondeat Superior I”, cit., p. 6 (ver nota 38).

en cambio, podría hacer un empresario al despedir o no renovar un contrato a un auxiliar poco diligente¹⁹⁶. Razón de más para que ambos regímenes sean divergentes.

¹⁹⁶ Recientemente, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 224 y 225.

II. La relación de dependencia.

Los *requisitos básicos* para la existencia de responsabilidad civil del empresario tanto para los ordenamientos jurídicos que aplican la responsabilidad vicaria como los basados en la culpa presunta del principal, para la doctrina dominante y la jurisprudencia¹⁹⁷ son, (1) la condición de empresario del principal, que exista (2) una relación de dependencia entre el empresario titular de una explotación económica y el auxiliar causante inmediato del daño y (3) la necesidad que el daño haya sido causado por el dependiente de forma culposa en el servicio o ramo en que estuviese empleado o con ocasión de sus funciones. Así, para que entren en juego las reglas de la responsabilidad por hecho ajeno por los daños causados por sus auxiliares y responda el principal, ya objetivamente, ya por culpa presunta, según el ordenamiento jurídico¹⁹⁸, debe de existir un vínculo suficiente entre el primero y el agente material del daño. Es lo que en nuestro derecho se llama relación de dependencia o de subordinación. Por lo tanto, su existencia entre el principal y el auxiliar es uno de los presupuestos básicos que comparten ambos regímenes.

El concepto y las características de la misma, como veremos más adelante, son de creación jurisprudencial. Por ello, las páginas siguientes tratarán de determinar, a través de la jurisprudencia de los últimos años

¹⁹⁷ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 345 y 346; Roca Trías / Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., pp. 155 y ss.; Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 13013 a 13017. Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 419, y Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 394. Jurisprudencialmente entre otras, SSTS 3.4.2006 [RJ 2006\1871], 6.3.2007 [RJ 2007\1828] y 17.9.2008 [2008\5881].

¹⁹⁸ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 459.

tanto española como comparada, y sin olvidar la doctrina nacional e internacional más importante, qué es y cómo se configura la relación de dependencia, y qué papel juegan los sujetos que forman parte de ella.

1. Una interpretación amplia de la relación de dependencia

1.1. De la responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes a la responsabilidad del principal por los hechos de sus auxiliares

1.1.1. ¿Quién responde por otro?

El párrafo cuarto del artículo 1903 CC establece la llamada responsabilidad del empresario por los hechos de sus dependientes. A su vez, da el primer requisito para que exista esta responsabilidad, es decir, el sujeto responsable, al citar que responderán por los actos ilícitos de sus dependientes “[L]os dueños o directores de un establecimiento o empresa”.

En efecto, la mayoría de la doctrina opina que la noción de “dueño” no debe restringirse a la condición de propietario, sino a todo comerciante o empresario con independencia del título en virtud del cual explota la empresa o los bienes productivos (propietario, arrendatario o

usufructuario)¹⁹⁹. Es decir, esta expresión ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo a cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica²⁰⁰, por lo que es claro que se incluyen las asociaciones o fundaciones porque, aun y no tener ánimo de lucro, desarrollan actividades económicas.

En efecto, ya la doctrina del siglo XX declaraba que, en cuanto a *empleados y dependientes*, la jurisprudencia civil, lo mismo que la penal²⁰¹, exige como requisito necesario para la existencia de la responsabilidad civil del principal que se deduce del artículo 1903.IV CC, que el autor material de los daños sea criado, discípulo, oficial, aprendiz, empleado o dependiente del amo, maestro, persona, entidad, organismo o empresa dedicada a cualquier género de industria o trabajo²⁰².

¹⁹⁹ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, ídem., p. 198. Más recientemente, Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: La responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José M^a Pena López, (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 152 y 153.

²⁰⁰ Clara I. Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, 3^a Ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 502 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059.

²⁰¹ La doctrina penalista entiende de la lectura del redactado del art. 120.4 CP, cuando declara la responsabilidad civil subsidiaria de “las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria y comercio”, que la misma abarca un concepto amplio de empresario tanto de los que se dedican a la actividad industrial y comercial, de servicios y a los profesionales liberales, como a los que ostenten la condición de empresarios en sentido laboral y sus empleados cometan los hechos dañosos como personal al servicio de asociaciones, fundaciones, comunidades de bienes e incluso como personal doméstico al servicio de particulares. Por todo ver, Díez Soto, “Comentarios al artículo 120.4 del CP”, en Manuel Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, vol. IV, cit., pp. 690 y ss.

²⁰² Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 560 a 585.

1.1.2. La responsabilidad por hecho ajeno del “director”

Más extraña y problemática es la referencia al “director” de la empresa, porque en muchos casos el director no es más que un simple “dependiente”, a quien parecería más lógico aplicar la regla del art. 1902 CC que la del art. 1903.IV CC. En realidad, un sector de la doctrina considera que debería realizarse una interpretación correctora del texto del art. 1903.IV CC y aplicarse sólo al titular de la empresa, pero no al director que ocupa una posición subordinada en ella²⁰³. Además, esta opinión está acorde desde el prisma o como supuesto de responsabilidad vicaria, si se interpreta en base al criterio de poner a cargo del empresario todos los daños derivados de actuaciones de elementos personales de su organización, por lo que la responsabilidad de los directores de establecimientos carece de todo sentido²⁰⁴.

Jurisprudencialmente así lo plasmaron las SSTS 4.11.1991 [RJ 1991\8141] y 5.1.2010 [RJ 2010\6], en las que ambas admiten que, mientras la sociedad titular de un establecimiento hotelero responde en base al art. 1903.IV CC, el director del establecimiento lo hace por el art. 1902 CC por ser éste un empleado de la empresa hotelera. Así mismo, y fuera del ámbito hotelero, refleja esta tesis la STS 27.5.2003 [RJ 2003\3930], relativa al fallecimiento de un albañil que cayó de un andamio mientras trabajaba en una obra, la cual no cumplía con la normativa relativa tanto del uso del cinturón de seguridad como de la colocación y resistencia del andamio. En la misma se discute si debe responder el director de la obra o la constructora titular de la explotación. El Tribunal Supremo establece que la responsabilidad por hecho ajeno no incluye necesariamente la responsabilidad del directivo sino de la persona jurídica como tal. En el

²⁰³ En esta línea, por todos, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 201 a 203; Sánchez Hernández, “La «relación de dependencia» y el art. 1903.4º del Código Civil”, cit., pp. 43 a 47.

²⁰⁴ Peña López “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13014.

caso, declaró que “la vigilancia del cumplimiento de las medidas de seguridad laboral y en concreto la revisión de la instalación de los andamios no forma parte de las funciones del Arquitecto, como Director de la obra”. En cambio, otras sentencias, realizan una interpretación literal de la norma y hacen responsable al director *ex art.* 1903.IV CC, aunque sea persona distinta del titular de la actividad (STS 22.4.1992 [RJ 1992\3317])²⁰⁵. El fundamento se encuentra en que gerentes, directivos o directores pueden ser responsables porque han tenido relación con el ámbito de la producción del daño.

Por consiguiente, a mi entender, el director del establecimiento, aunque lo mencione de modo literal el propio artículo 1903.IV CC, no será un sujeto responsable siempre y cuando sea un simple empleado, sin perjuicio de que su responsabilidad pueda fundarse en el art. 1902 CC y dar lugar a la de su empresa conforme a este artículo²⁰⁶. Ahora bien, si el director da instrucciones y órdenes a un empleado que causa un daño a tercero y recibe un beneficio por ello, no veo inconveniente en que la víctima pueda interponer una demanda en base al artículo 1903.IV CC tanto al directivo, gerente o director, como a la persona que ostenta la titularidad empresarial.

²⁰⁵ Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2160 y Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 502.

²⁰⁶ STS 5.1.2010 [RJ 2010\6]. Doctrinalmente, Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1472.

1.1.3. La persona jurídica como responsable por hecho ajeno

En cualquier caso, no hay que perder de vista que una persona jurídica, tanto si es principal como auxiliar, también puede ser responsable civil. Es claro que ésta se beneficia de las actividades de la misma manera como lo haría si de un individuo se tratase²⁰⁷. A mi entender, no encuentro ningún óbice por el que una persona jurídica pueda ser responsable vicario o por culpa presunta, eso sí, siempre que el principal se beneficie con la actividad llevada a cabo por el auxiliar. Por lo que es necesario que el auxiliar ejerza funciones que sean del principal. Ahora bien, cabe distinguir si se trata de un caso por hecho ajeno o por culpa propia.

Desde el punto de vista de la responsabilidad por hecho ajeno, no cabe duda de que la persona jurídica puede ser civilmente responsable. La legislación española lo prevé basándose en cualquiera de las hipótesis del artículo 1903 CC o, desde el punto de vista del Derecho penal, cuando es responsable civil subsidiaria del autor del delito²⁰⁸. Existirá responsabilidad de las personas jurídicas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1903.IV CC, cuando la persona que causa el daño sea un empleado y la persona jurídica sea el dueño de una empresa. La persona jurídica será responsable por culpa *in eligendo o vigilando* y se presumirá *iuris tantum*. Así, por ejemplo, tal y como señala la STS 23.11.1999 [RJ 1999\9048], se puede aplicar esta

²⁰⁷ Douglas Brodie, "Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, núm. 3, 2007, p. 507.

²⁰⁸ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 333 y 334. Esta opinión queda reforzada en la reforma del Código penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010), concretamente en el art. 31 bis, que establece la responsabilidad penal de la propia persona jurídica, y de todo delito o falta nace una responsabilidad civil, siendo solidaria junto con la de las personas físicas que fueran condenadas por los mismos hechos (art. 116.3 CP). Por todo ver, Gómez Calle, "Los sujetos de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad por hecho ajeno", en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, cit., p. 149.

responsabilidad a las personas jurídicas públicas y privadas como, por ejemplo, al Instituto Nacional de la Salud (Insalud) o incluso al Estado²⁰⁹.

Ahora bien, la cuestión de si debe responder por actos propios, no es tan clara. La duda surge porque se considera que necesariamente se ha de partir de que tanto el hecho productor del daño como la culpa tienen que ser siempre realizados por una persona física²¹⁰. No obstante, Díez-Picazo y Gullón²¹¹, señalan que dogmáticamente se puede declarar la responsabilidad directa por su propia culpa, a través de la idea de la representación, pero no visto como una declaración de voluntad, sino a través de la imputabilidad como un efecto sancionador que debe atribuirse a un comportamiento. En este sentido, el obstáculo que inicialmente representa el que el art. 1902 CC presuponga una voluntad y una conducta culposa que sólo pueden ser humanas, se supera recurriendo al mecanismo de la representación orgánica. Así, se declarará esta responsabilidad cuando la conducta del representante pueda serle directamente imputada al representado, al entenderse directamente hecho y querido por aquélla, quedando de ese modo obligada a responder de esos actos como propios. Otro argumento a favor de la responsabilidad de la persona jurídica por los actos de sus representantes, se encuentra en la idea del riesgo, en concreto, cuando la persona jurídica se beneficia de lo que hacen sus órganos, por lo que deberá responder de los

²⁰⁹ Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 236; Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 502. Jurisprudencialmente, STS 11.3.1995 [RJ 1995\3133], en la que se hizo responder a través del art. 1903.IV CC al Insalud, y la STS 5.10.1995 [RJ 1995\7020], que estableció la responsabilidad civil de la Diputación Foral de Guipúzcoa por aplicación del art. 1903.IV CC, por la muerte de un menor sujeto a su guarda.

²¹⁰ SSTs 28.10.1994 [RJ 1994\7875], 29.3.1996 [RJ 1996\2203] y 29.6.1999 [RJ 1999\4895].

²¹¹ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 334.

daños injustos que causen éstos en el ejercicio de sus funciones²¹². Así, cuando el hecho dañoso suceda dentro del círculo de su actividad y sea realizado por las personas que ostentan la cualidad de órganos de la persona jurídica, se aplicará el artículo 1902 CC por hecho propio, ya que el órgano que dirige y representa a una persona jurídica no es un dependiente ni un auxiliar suyo. En estos casos, también los tribunales consideran que el daño ha sido causado por la propia persona jurídica, debiendo responder por sus propios actos *ex art.* 1902 CC. El Tribunal Supremo ha sostenido esta responsabilidad tanto a las personas jurídicas privadas (comerciales o no) como a las personas jurídicas públicas²¹³. Mientras que, si el daño procede de cualquier otro representante voluntario dependiente o auxiliar, se le aplicará la responsabilidad civil por hecho ajeno *ex artículo* 1903.IV CC.

Un buen ejemplo jurisprudencial, en que todas las partes son personas jurídicas, se encuentra en la sentencia de 27.5.2002 [RJ 2002\7137]²¹⁴. La misma declara la responsabilidad civil de la empresa principal, Inmobiliaria Frontera, S.A., y de la empresa constructora, Pamipan, S.A., por los daños causados por la empresa subcontratada por ésta como auxiliar suya, Corofiles, S.L., por los daños que causó cuando realizaba unas obras de construcción de un aparcamiento en una plaza de San Sebastián. La

²¹² Gómez Calle, “Los sujetos de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 149 y ss.

²¹³ STS 22.6.1992 [RJ 1992\5462]. Doctrinalmente, Martín-Casals / Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 237.

²¹⁴ Inmobiliaria Frontera, SA se subrogó en todos los derechos y obligaciones adquiridos por Pamipan, SA para la ejecución de las obras de un aparcamiento subterráneo para vehículos. En la construcción del mismo, se causaron daños a la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales, escuela que no pertenece en propiedad a la Universidad del País Vasco pero sí tiene la custodia, mantenimiento y conservación del citado edificio, cuyo uso le fue cedido por el Gobierno Vasco. Corofiles, SL, debía efectuar los trabajos y suministros ateniéndose a las órdenes de la dirección facultativa de las obras de Inmobiliaria, así como de las que recibiera del jefe de obra designado por Pamipan, SA, que coordinaba los trabajos y suministros, de donde se sigue que de los daños realizados por Coforiles, SL deban de responder civilmente Pamipan, SA e Inmobiliaria Frontera, SA.

responsabilidad de Inmobiliaria Frontera, SA se funda, para el Tribunal Supremo, en la interpretación jurisprudencial del art. 1903.IV CC en los supuestos de contratos de obra, que viene a sentar el principio de que el dueño de la obra responde, en todo caso, siempre que se haya reservado el control o supervisión de la misma. Así mismo, este supuesto de hecho se ajusta a la doctrina jurisprudencial expuesta, por cuanto la responsabilidad por hecho ajeno puede ampliarse a los sujetos no específicamente previstos en el art. 1903 CC. Es decir, el redactado literal del art. 1903.IV CC hace pensar que la referencia a los dependientes que causan un daño, lo es a una persona física individual y no tanto a un dependiente persona jurídica. En el caso, el hecho de que tanto el principal como el auxiliar sean personas jurídicas, como la habida en este supuesto, sólo exige, al igual que al dependiente persona física, que aquella que haya encargado a otra la realización de determinados trabajos, mantenga alguna vigilancia o injerencia en el desarrollo de éstos.

Asimismo, los tribunales de nuestro entorno, como por ejemplo, el alemán, también otorgan responsabilidad a las personas jurídicas. En este caso, aplican el § 31 BGB para hacer responder a las personas jurídicas por hechos de sus representantes. En realidad, este artículo no contempla estrictamente un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno, sino de responsabilidad de las personas jurídicas por los actos de sus directivos. En su origen, el precepto se interpretaba en el sentido de restringir su ámbito de aplicación a los daños causados sólo por quienes actuaban en condición de “altos directivos”, lo que se entendía como “directores, miembros de la junta o representantes designados de conformidad con los estatutos”. Sin embargo, la práctica jurisprudencial ha ampliado progresivamente el alcance de la disposición para extenderlo a quienes, ocupando posiciones inferiores, tienen la condición de colaboradores de la persona jurídica, en el sentido de que ejecutan de manera autónoma funciones importantes de la persona

jurídica, que les han sido asignadas conforme a las prácticas comerciales o a las reglas generales de funcionamiento²¹⁵.

A su vez, la propuesta del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, en aras a aplicar la responsabilidad vicaria al agente, señala que se entiende como auxiliar a la persona como individuo, así como a una organización o asociación y a cualquier otra entidad que tenga capacidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones²¹⁶.

También en la legislación francesa, durante mucho tiempo se ha reconocido que *une personne moral* (persona jurídica) puede cometer una *faute* (culpa). Un órgano es una persona que representa la voluntad de la persona jurídica y actúa en su nombre (*qui veut et agit en son nom*), de tal modo que su conducta se identifica con ese cuerpo. La persona jurídica puede ser responsable de los actos de los órganos que legalmente tienen derecho a tomar decisiones, así como por los actos cometidos en nombre y por cuenta de la persona jurídica. Esto último significa que la persona jurídica aún puede ser responsable si el órgano ha actuado fuera de sus competencias. Asimismo, una persona jurídica puede ser responsable por los actos de sus representantes. Un empleado, en sentido general, no es un representante, pero un empleado designado con facultades delegadas sí, es lo que en derecho francés se denomina un *salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs*. Pero a diferencia de los tribunales alemanes, los tribunales franceses sostuvieron, en 1997, que un órgano o representante no podría ser personalmente responsable si había actuado dentro de los límites de sus funciones²¹⁷.

²¹⁵ Por todos, vide Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 504 y Magnus / Fedtke, "Liability for Damage Caused by Others under German Law", en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 113.

²¹⁶ Véase al respecto American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, cit., p. 70.

²¹⁷ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 507 y 508. Jurisprudencialmente, véase sentencia de Cass. Civ. 2, 19 février 1997, Bull. civ. 1997, II. 53.

1.1.4. Criterio amplio adoptado: la responsabilidad del “principal” por hecho de su “auxiliar”

De lo expuesto hasta ahora, se deduce que no sólo se debe limitar la responsabilidad civil del art. 1903.IV CC al empresario que en nombre propio desarrolla una actividad constitutiva de empresa y obtiene de ella un beneficio, ni sólo al dependiente persona física, sino que cabe ir más allá y aplicar esta responsabilidad, a aquellos sujetos en que medie entre ellos “una relación jurídica que determine un nexo de jerarquía o de subordinación, que permite a otro dar órdenes o instrucciones”²¹⁸, y obtener un beneficio económico por su posición de superioridad.

En efecto, también se ha de entender en sentido amplio el concepto de dependiente en condición de “auxiliar”. Ya en el año 1995 Barceló Doménech hablaba de principal y de auxiliar y no de empresario y dependiente. El motivo fundamental, a parte de la realidad socioeconómica que imperaba en ese momento en España de un gran auge económico e industrial, es que si hablamos de principal y auxiliar, podemos alcanzar a todos aquellos sujetos que prestan un servicio a otro siguiendo sus instrucciones, no siendo necesario identificar a los sujetos responsables por un determinado contrato²¹⁹.

Por consiguiente, el término dependiente viene ligado al sometimiento de unas instrucciones dadas por otra persona cuya responsabilidad se pretende exigir. Por consiguiente, para que se dé el término auxiliar, no es necesario tener que identificar al mismo en ningún tipo de relación contractual. Es decir, no cabrá incardinar la figura del dependiente a un

²¹⁸ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 346. Es del mismo parecer, Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 14.

²¹⁹ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 203 a 209.

contrato laboral para que responda el principal, sino que bastará que el auxiliar cause un daño mientras ejerce la actividad ordenada por el principal. Esto es, tal y como lo indica Martín-Casals, que el auxiliar cause el daño cuando esté bajo la dependencia o subordinación del principal, “aunque ésta no se base en un contrato de servicios y sea puramente gratuita”. Este es el criterio que predomina en la mayoría de países europeos²²⁰.

En efecto, en algunos ordenamientos jurídicos de la Europa continental, la terminología utilizada no se reduce a la estricta relación empresario/trabajador. Así, el artículo 1384(5) *Code Civil* francés, por ejemplo, habla de “préposés”, y la doctrina utiliza la expresión “responsabilité du commettant par le fait des préposés”²²¹. Por su parte el § 831 BGB utiliza la expresión “Verrichtungsgehilfen” (colaboradores en la ejecución), expresión equivalente a la que utiliza el § 1315 ABGB austríaco (“Besorgungsgehilfen”). El Código Civil holandés habla de “ondergeschikte” (Art. 6:107 BW), que podría traducirse como auxiliares o dependientes. Mientras que el Código portugués habla de “comissários” (Art. 500), o el italiano de responsabilidad de los “padroni e i committenti” por los actos de los “domestici e commessi” (Art. 2049 Codice).

No obstante, surgen diferentes cuestiones: ¿Qué pasa con las tareas llevadas a cabo a título de amistad, benevolencia o buena vecindad? ¿Debe considerarse como empleadores a los amigos, vecinos, etc., y por lo tanto, empresarios a cualquier persona que dé instrucciones a otra sin que medie contratación alguna? Esta cuestión como se verá y se tratará más adelante²²²,

²²⁰ Para más información, véase Miquel Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 508.

²²¹ Viney / Jourdain, “Les conditions de la responsabilité”, en Jacques Ghestin (Ed.), *Traité de Droit Civil*, cit., p. 974.

²²² Para esta cuestión *vide infra* II.2.3.2, donde se plantea esta discusión.

no es baladí, ya que si atendemos a la teoría de aplicar a estos sujetos el término amplio de principal y auxiliar, los segundos deberán considerarse empleados, respondiendo civilmente el amigo o vecino como principal por los daños causados a terceras personas por la actuación de sus auxiliares invitados o que le hacen un favor en aras a las instrucciones dadas por éstos.

Lo cierto es que la mayoría de la doctrina española, la cual viene apoyada por una larga y asentada jurisprudencia, aplica en sentido amplio el concepto de empresario, dueño o director. La razón es la redacción ambigua del art. 1903.IV CC al hablar de la responsabilidad de “los dueños o directores de un establecimiento o empresa”, lo que ha permitido, tanto a ésta como a los tribunales, ampliar el concepto de empresario y, por consiguiente, extender su significado más allá de la condición estricta de empleador, es decir, más allá de la persona física o jurídica que es titular de una explotación económica, como resultado de la tendencia a favorecer las indemnizaciones para las víctimas²²³.

Del mismo modo, la doctrina europea usa el término amplio de dependiente, como también lo hacen los propios PETL²²⁴, que utilizan el término auxiliar, más amplio que el concepto literal de dependiente de nuestro Código Civil, para desencadenar la responsabilidad del principal, ya que este vocablo permite que se aplique, sin ningún óbice, no sólo a los trabajadores laborales sino también a cualquier persona en situación de subordinación o dependencia que causa un daño, lo que beneficia poder indemnizar más fácilmente a las víctimas que lo han sufrido²²⁵.

²²³ Véase entre otros Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José M^a Peña López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 152 y 153.

²²⁴ Artículo 6:102 PETL.

²²⁵ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508.

1.2 *¿Qué debe entenderse por “relación de dependencia”?*

Una vez establecido el concepto amplio de los sujetos responsables del artículo 1903.IV CC, cabe ahora determinar cómo se interpreta la relación que existe entre ambos. Ya se apuntada al inicio de este capítulo que para todos los ordenamientos jurídicos es requisito indispensable la existencia de una relación de dependencia o de subordinación entre el principal y el auxiliar para poder accionar la responsabilidad por hecho ajeno. Es decir, debe de existir un vínculo suficiente entre el principal y el agente material del daño.

El término “relación de dependencia” no es un concepto fácil de elaborar, puesto que pueden considerarse distintos tipos de dependencia tales como la social, la económica, la técnica y la jurídica²²⁶. Sin embargo, en la actualidad, la dependencia se entiende en su acepción de dependencia jurídica, eso significa que no es necesario que medie una relación jurídico-laboral, por más que sea la dependencia laboral la más paradigmática y frecuente. Es decir, el término dependencia no significa aquí lo que la doctrina laboralista entiende como condición para que exista contrato de trabajo²²⁷. Lo realmente importante no es la sujeción del empleado a la dirección técnica o control del empresario, ni su mera subordinación económica, sino el hecho de que el dependiente forme parte de la organización general de la empresa y esté sometido a su poder de dirección²²⁸. Así, el concepto de dependencia se ha trasladado de la “dirección técnica” a la pertenencia a la “organización económica” de la

²²⁶ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 212.

²²⁷ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 268.

²²⁸ Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., pp. 100 y 101 y José Luján Alcaraz, “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000, pp. 257 y ss.

empresa, esto es, del control a la titularidad empresarial²²⁹. Del mismo modo, para el Tribunal Supremo español, el régimen establecido en el artículo 1903.IV CC, reconoce reiteradamente que su aplicación requiere “la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y aquél a quien se atribuye la responsabilidad”²³⁰.

Diferentes sentencias de nuestro Alto Tribunal²³¹ señalan que la relación de dependencia del art. 1903.IV CC, “[N]o es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”. Es claro que la tendencia jurisprudencial va hacia una interpretación amplia de la relación de dependencia entre principal y auxiliar, así como a una superación del vínculo contractual entre ambas partes (*vide infra* II.2.2.).

Efectivamente, este argumento se utiliza por el Tribunal Supremo en la mencionada STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], en aras a justificar que se da la relación de dependencia entre la organización humanitaria Cruz Roja y el voluntario de dicha organización (un marinero militar) para que responda la primera ante la víctima que ha sufrido los daños causados por el segundo. Para ello, el Alto Tribunal entiende como “empresario” en sentido amplio, es decir, principal, a la institución Cruz Roja y, por lo tanto, como auxiliar, al voluntario aunque no medie entre ellos ningún contrato laboral. Y añade la STS 1.6.2010 [RJ 2010\2659] que el precepto puede tener aplicación en cualquier “relación jurídica o de hecho”. Por lo que es claro que la relación de dependencia puede aplicarse fuera de los límites del ámbito contractual,

²²⁹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 269.

²³⁰ Entre otras muchas, SSTS 10.10.2007 [RJ 2007\6813]; 14.5.2010 [RJ 2010\3494] y 1.6.2010 [RJ 2010\2659].

²³¹ SSTS 3.4.2006 [RJ 2006\1916], 26.9.2007 [RJ 2007\5350] y 6.5.2009 [RJ 2009\2914].

ya que lo que vincula no es la naturaleza de la relación, sino la existencia de la misma²³².

La relación de dependencia también se ha interpretado por la Sala 2ª de manera no formal ni plasmada necesariamente en ninguna modalidad contractual concreta. En este sentido, la STS, 2ª, 26.11.2002 [RJ 2003\170], estima la dependencia en un caso de un asesor de inversiones personales que proporcionaba clientes a una aseguradora, en la que se exige como criterio para determinarla, la realización de conductas que supongan potencialmente un beneficio para la persona que será declarada responsable civil subsidiario. El beneficio se usa para acreditar la dependencia y no directamente como requisito de la actividad del que ya se sabe es dependiente²³³. Por lo que, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es del mismo parecer que la Primera ya que, en numerosas sentencias²³⁴, sólo exige la concurrencia de alguno de los siguientes requisitos para que se entienda existente la relación de dependencia entre el responsable penal y el responsable civil subsidiario: “un vínculo, relación jurídica o de hecho, en virtud de la cual el autor de la infracción punible se halle bajo la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o más o menos circunstancial y esporádica) de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza cuenten con el beneplácito o anuencia del supuesto responsable civil subsidiario”²³⁵.

²³² Carmen Pérez Conesa, “Novatada y responsabilidad por culpa “in vigilando”. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494)”, BIB 2010\2177, Pamplona, *Aranzadi Civil*, nº 7, 2010, p. 36.

²³³ Marc-Roger Lloveras Ferrer, “Sobre l'àmbit de l'execució de les obligacions o serveis en l'art. 120.4 CP. A propòsit de la STS, 2a, 18.10.2007”, *InDret*, Revista para el anàlisi del dret, núm. 1, 2008, p. 7. Jurisprudencialmente también, STS, 2ª, 18.10.2007 [RJ 2008\254] al establecer que debe existir “alguna vinculación entre la actividad del trabajador, en cuanto que ésta reporta un beneficio para su principal (...) con el delito cometido y la responsabilidad de él derivada (...)”.

²³⁴ SSTS, 2a, 22.9.2000 [RJ 2000\8070], 22.7.2003 [RJ 2003\6054] y 17.3.2010 [RJ 2010\4499] entre muchas otras.

²³⁵ SSTS, 2a, 31.10.2002 [RJ 2002\9912].

Lo único que limita el propio concepto amplio de relación de dependencia es la existencia de un elemento de control, vigilancia o dirección por parte del principal hacia el auxiliar²³⁶. Así, cuando no existe ningún elemento de unión entre ambas partes y el auxiliar comete un daño, el principal no debe responder ante la víctima por faltar el presupuesto indispensable de la dependencia, tal y como requiere el artículo 1903.IV CC. Un buen ejemplo jurisprudencial es la STS 20.12.2006 [RJ 2006\9248], que intenta resolver el caso de si una Clínica debe responder civilmente por las negligencias médicas de los profesionales sanitarios cuando éstos no pertenecen a su cuadro médico, y la clínica solo se limita, de un lado, a permitir que utilicen sus instalaciones y, de otro, a proporcionar los medios técnicos necesarios para llevar a cabo el acto médico²³⁷.

El Tribunal Supremo dictaminó la ausencia de responsabilidad de la Clínica por la negligencia médica del profesional no contratado por ella, alegando que el facultativo que realizó la intervención y que causó el daño no formaba parte de la plantilla de la Clínica y las lesiones sufridas fueron atribuibles, exclusivamente, a una mala praxis médica. Por lo que es evidente la inaplicación al caso del art. 1903.IV CC. El mismo argumentó que “[L]a Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones (...) y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios (...) y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción

²³⁶ Por lo que, cuando el principal lleve a cabo una actividad por medio de otra persona, la naturaleza de la tarea a realizar y la conducta requerida para el rendimiento serán pertinentes para determinar si el principal actuó con negligencia, ya sea en la selección, instrucción, supervisión o control del auxiliar. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. al § 7.05, p. 181.

²³⁷ El caso versa sobre una paciente que, con ocasión de la extracción de un quiste, contrató los servicios médicos de un ginecólogo que formaba parte del cuadro médico de la Mutua de la que pertenecía su marido y que también la cubría. Dado el concierto de la Mutua con la “Clínica Girona, S.A.”, la operación se llevó a cabo en esta clínica. Por negligencia médica se le tuvo que extirpar el ovario. En consecuencia, la paciente demandó al ginecólogo, a “Clínica Girona, S.A.” y a su aseguradora. El Tribunal de Primera Instancia condenó a todos los demandados, mientras que la Audiencia Provincial de Girona condenó solo al ginecólogo. Por su parte, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por la actora y confirmó la sentencia de la Audiencia.

u omisión culposa (...) del profesional que intervino, (...) pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902 (...). No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico”.

La línea jurisprudencial de la Sala Primera es clara. La misma afirma que la responsabilidad del centro médico *ex art. 1903.IV CC* no precisa de una clara relación de dependencia, como lo es la laboral, sino que basta que el centro se reserve facultades de fiscalización, vigilancia y control²³⁸. No sería razonable ni conforme a derecho que no estuviera sujeto a responsabilidad quien aparece y se presenta en el tráfico y ante el público como principal y desarrolla, en el marco de la organización creada, la misma actividad que el profesional que aparece como agente suyo. De ahí que baste, para que responda el principal, la reserva, expresa o no, de las facultades de fiscalización, vigilancia y control, ya que no cabe proteger a la organización con el resultado de privar de la protección del artículo 1903.IV CC a la víctima, quien quedaría expuesta a un riesgo superior de insolvencia total o parcial de un único agente condenado. Además, una organización debe retener el control de lo que ocurre en su esfera de actividad profesional²³⁹.

Pese a ello, es claro que no es lo que sucede en el caso. El Tribunal Supremo niega la existencia de una relación de dependencia entre el centro y el profesional médico –incluso funcional o económica–, y desplaza la responsabilidad civil del centro del art. 1903.IV al art. 1902 CC, limitándola

²³⁸ SSTS 8.4.1996 [RJ 1996\2882], 19.6.2001 [RJ 2001\4974], 2.11.2001 [RJ 2001\9641], 3.4.2006 [RJ 2006\1871] y 1.6.2010 [RJ 2010\2659].

²³⁹ Sonia Ramos González / Ignacio Marín García / Rosa Milà Rafel / Carlos Ruiz García / Esther Farnós Amorós / Laura Alascio Carrasco / Antonio Fernández Crende, *80 casos de Derecho de daños (2004-2008)*, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, núm. 3, 2009, pp. 64 y 65.

a los daños derivados de actos y omisiones negligentes propios²⁴⁰. Aunque en este caso no hay ningún tipo de dependencia entre la Clínica y el médico, no hay que olvidar que se deberá estar caso por caso, porque habrá situaciones en las que la Clínica sí que se reservará facultades de dirección, vigilancia o control en las que luego, aunque no medie ningún contrato laboral, sí que deberá responder por el artículo 1903.IV CC.

En conclusión, la responsabilidad del principal a raíz de la actividad culposa de su auxiliar trasciende del ámbito estrictamente comercial o empresarial, extendiéndose a los supuestos de dependencia o subordinación, entendidos en sentido amplio, tal y como sostiene también la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando declara que, por ejemplo, existe relación de dependencia cuando esta relación sea más o menos estable o transitoria, y hasta ocasional²⁴¹. Por ello, no es de extrañar que los comentarios al artículo VI. 3:201 DCFR advierten que, a los efectos de aplicación del régimen de responsabilidad vicaria que el precepto establece, “el único factor decisivo es que exista una relación de dependencia en la instrucción (o relación de superioridad o inferioridad), de la que deriva una autoridad por parte de la persona responsable para controlar la conducta de la parte relevante que actúa”²⁴².

En consecuencia, se afirma que el empresario responde de la actuación de las personas que introdujo en la actividad empresarial. Es decir, se ha pasado de una responsabilidad basada completamente en la elección y la vigilancia del dependiente por parte del empresario –lo que vendría a ser una concepción subjetiva de la responsabilidad civil del

²⁴⁰ SSTS 14.5.2001 [RJ 2001\6204], 18.10.2001 [RJ 2001\8645], 23.12.2001 [RJ 2002\914], 4.10.2004 [RJ 2004\6066] y 10.5.2006 [RJ 2006\2399].

²⁴¹ Pablo Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret. Revista para el análisis del derecho*, 3/2002, p.15.

²⁴² Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Com. Art. 3:201, cit., p. 3455.

empresario, concepción arraigada de una estructura artesanal de la empresa propia de la época decimonónica²⁴³, que a mi modo de ver quiebra en los tiempos presentes–, a una responsabilidad de éste por su aprovechamiento de la actividad ajena, es decir, se propugna una concepción objetiva de la responsabilidad civil del empresario, que incide en el propio significado de la relación de dependencia²⁴⁴.

Aunque, cierto es, que el empresario sigue conservando un cierto poder de vigilancia y de dirección respecto de las actividades que realiza el trabajador. Al respecto, se plantean dos cuestiones de diversa índole, aunque estrechamente relacionadas. La primera de ellas tiene que ver con los criterios que, en cada caso concreto, deben permitir establecer si existe relación de dependencia o de subordinación. La segunda, aunque ya se ha ido insinuando a lo largo de estas líneas, se refiere a la naturaleza de la relación entre principal y auxiliar, de la que deriva la citada dependencia.

²⁴³ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 150 y ss. y Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., p. 97, el cual afirma que en la realidad empresarial del siglo XIX, los trabajadores del empresario, ya sea agrario o artesanal, están bajo la dirección inmediata de éste, constituyendo prácticamente su prolongación física.

²⁴⁴ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., pp. 194 y 195 y Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 150 y ss.

2. Cuestiones relativas a la relación de dependencia entre el principal y el auxiliar

2.1. Criterios para establecer la relación de dependencia

Para que entren en juego las reglas de la responsabilidad por hecho ajeno y responda el principal por los daños causados por sus auxiliares, ya objetivamente ya por culpa presunta, según el ordenamiento jurídico, debe de existir un vínculo suficiente entre el primero y el agente material del daño²⁴⁵. Así, lo que deviene esencial es la existencia del vínculo de dependencia o de subordinación. Éste existe siempre que el auxiliar actúe sujeto a las instrucciones del principal, o que el principal ejerza funciones de supervisión y control sobre la actuación de aquél²⁴⁶. Por lo que no se trata sólo de un presupuesto que forma un marco común de análisis tanto en el *common law* como en las demás jurisdicciones de derecho civil, sino que también es un criterio que se usa como factor de explicación de esta responsabilidad.

En efecto, en la responsabilidad vicaria la relación de dependencia con la persona que realiza materialmente la conducta dañosa se convierte en condición suficiente para la atribución automática de la obligación de reparar²⁴⁷. El fundamento se basa en la idea de que con la obtención de beneficios también se vinculan una serie de consecuencias perjudiciales, así el que obtiene beneficios de la empresa que controla, debe asumir también

²⁴⁵ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 459.

²⁴⁶ Von Bar, *The Common European Law of Torts*, cit., p. 207 y Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 64.

²⁴⁷ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 419 y 420.

la pérdidas o la carga de una actividad que produce una lesión²⁴⁸, con independencia de si es él mismo quien lo ejercita, o se sirve de otros para ejecutarlo²⁴⁹.

Ahora bien, no siempre es tarea fácil apreciar la existencia de la relación de dependencia. En efecto, al principio de este trabajo ya se apuntaba que la organización empresarial tradicional originaria, se diluye frente al desarrollo industrial posterior hasta nuestros días, en que encontramos una gran variedad de modalidades empresariales que van desde los trabajadores independientes a los que trabajan de modo ocasional, pasando por los trabajadores temporales y a domicilio, además de un mayor uso de la subcontratación, a la que se suma la expansión del sector del voluntariado tanto en el ámbito comercial como en la prestación de servicios públicos, fuera del clásico contrato de trabajo. Es evidente que la manera de organizarse las empresas ha cambiado a lo largo de las últimas décadas y continúa cambiando. Las relaciones de trabajo son cada vez más flexibles, las actividades de los negocios están siendo reubicadas y más personas trabajan de forma independiente o trabajan desde casa²⁵⁰. Todo ello complica la distinción entre empleados y contratistas independientes, por lo que no es descabellado que en las relaciones laborales actuales, los empresarios se pregunten, ¿Quién es mi empleado?

Para hacer frente a estos nuevos paradigmas organizativos más flexibles e informales, se presentan dos alternativas. La primera de ellas, es la seguida principalmente por los ordenamientos angloamericanos. La

²⁴⁸ Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 411; Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 617 y 618.

²⁴⁹ En palabras de Giliker (2010) y Morgan (2012), que ambos siguen el clásico trabajo de Atiyah (*Vicarious Liability in the Law of Torts*, London, Butterworths, 1967, pp. 15 y 16), el criterio del control juega un papel doble, “determina para quién el demandado será responsable y por qué”, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 59 y Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 620.

²⁵⁰ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 513.

misma consiste en desarrollar criterios concretos que permitan al tribunal discernir el grado de integración del causante directo del daño en la estructura organizativa del demandado. Morgan lo identifica bajo el concepto de atribución, concepto que está estrechamente ligado con las dos justificaciones dadas por Atiyah para que exista responsabilidad vicaria: el control y la identificación del grupo. Para este autor, el principal no es responsable de todos los actos ilícitos cometidos por sus empleados. Más bien, el empresario sólo será responsable de los actos ilícitos de los empleados que se cometan dentro del curso y ámbito del empleo²⁵¹. Por consiguiente, lo que se tiene en cuenta en este sistema son una serie de elementos como el control, la dirección o la instrucción, pero entendidos como un factor evaluable más entre otros muchos.

La segunda alternativa, es la seguida por los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, como Francia, Alemania y, en términos generales, también España, que hacen una valoración más global del contexto en el que se desarrolla la relación entre el principal y el auxiliar, es decir, se realiza una visión más de conjunto con el fin de establecer si el segundo actuó siguiendo directrices del primero, y si los riesgos originados eran la contrapartida para obtener un lucro del que se beneficiará básicamente el principal²⁵².

²⁵¹ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 620. Para determinar lo que está dentro del curso y alcance del empleo y sus diferentes enfoques véase *infra* III.

²⁵² Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 65.

2.1.1. Modelo angloamericano (o del “Common Law”)

El sistema angloamericano, para determinar la existencia de la relación de dependencia entre el principal y el auxiliar, analiza un conjunto de factores que han incidido en la relación entre ambas partes. En su origen, para declarar la responsabilidad vicaria del empresario, el objetivo básico consistía en discernir si la relación entre ambas partes podía enmarcarse dentro de un contrato de trabajo. La justificación de esta corriente se vehiculaba a través del factor control entre ambos para proporcionar el necesario *iuris vinculum*²⁵³. Así, cuando existía este control se circunscribía el régimen de responsabilidad vicaria del “empleador” por hecho de sus “empleados”. Pero se dieron cuenta que al poner en práctica esta valoración, el elemento “control” no era el único factor evaluable sino que, junto a éste, tanto la doctrina como los tribunales del *common law* ponderaban también otros factores. Así, actualmente, para los fines de esta responsabilidad vicaria, no existe un solo factor determinante, que hasta ahora era únicamente el control, sino que el enfoque moderno se basa en el sistema de “múltiples factores”, por lo que pueden ser de importancia cuestiones tales como si el empresario que realiza los servicios ofrece su propio equipo, si contrata a sus propios ayudantes, qué grado de riesgo financiero tiene, qué grado de responsabilidad tiene en la inversión y la gestión, y si saca algún provecho por la gestión en el ejercicio de su tarea²⁵⁴.

Ya se apuntaba que la responsabilidad empresarial se justifica por la idea de que con la obtención de beneficios también se vinculan una serie de cargas. Así, el que obtiene beneficios de la empresa, el principal, debe asumir también las pérdidas y, como no, las cargas de la actividad que

²⁵³ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 622 y ss.

²⁵⁴ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 514.

produce una lesión²⁵⁵. El empresario es quien mejor conoce los riesgos que derivan de la actuación de sus auxiliares, y quien mejor puede adoptar los mecanismos necesarios para prevenirlos. Así por ejemplo, puede instaurar sistemas de vigilancia; desarrollar procesos de revisión, mantenimiento y renovación de la maquinaria; organizar actividades formativas para los auxiliares; o prohibir y, en su caso, sancionar conductas o comportamientos peligrosos²⁵⁶. Por consiguiente, estos mecanismos junto con otros, reflejan que una persona será dependiente de una empresa si usa su uniforme, recibe su formación, trabaja para ella bajo su dirección y control, o es parte de la imagen pública de la organización. Así mismo, el equilibrio entre el control diario y la atribución de funciones será tal, que la responsabilidad vicaria estará presente entre principal y auxiliar cuando el primero proporcione al segundo las herramientas, el equipo, los uniformes, lo asesore y apoye, supervise y controle o se asegure que el valor de la marca de empresa se mantiene²⁵⁷.

Jurisprudencialmente, como señalaba la sentencia inglesa *Market Investigations v. Minister of Social Security*²⁵⁸, también “pueden ser de importancia factores tales como si quien presta los servicios cuenta con su propio equipamiento, si contrata a sus propios ayudantes, qué nivel de riesgo económico asume, qué grado de responsabilidad tiene en la inversión y gestión, y si –y en qué medida– tiene la oportunidad de beneficiarse de la gestión en el cumplimiento de su tarea”. Por su parte, la sentencia *Short v. J & W. Henderson Ltd.*²⁵⁹, recomendaba valorar cuatro factores: el poder de selección del principal sobre sus auxiliares; el pago de salarios o de

²⁵⁵ Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 411; Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 617 y 618.

²⁵⁶ Gerhard Wagner, “Vicarious Liability”, en Hartkamp / Hesselink / Hondius / Mak / du Perron, *Towards a European Civil Code*, cit., pp. 919 y 920; Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 624 y ss.

²⁵⁷ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 622 y ss.

²⁵⁸ [1969] 2 QB 173 en 185.

²⁵⁹ [1946] 62 TLR 427 en 429.

cualquier otra remuneración; el control por el principal del método a seguir para realizar la tarea encomendada; y el derecho del principal de suspender el contrato o de despedir al trabajador. En la misma línea, en la sentencia canadiense *Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.*²⁶⁰, el Privy Council enumeraba como factores a considerar “el control; la propiedad del equipo; las posibilidades de beneficio y el riesgo de pérdidas”, precisando a continuación que “el control en sí mismo no siempre es concluyente”. En cualquier caso, no se trata de enumeraciones taxativas, sino que los diversos factores y el peso de cada uno de ellos en la ponderación final “dependerá de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso”²⁶¹.

Un ejemplo práctico podría darse en los casos de algunos estudiantes de doctorado. Si bien no se consideran “empleados” algunos estudiantes de doctorado, sobre todo en ciencias, el trabajo que realizan en un proyecto financiado puede parecerse en parte a un trabajo. El estudiante puede ser obligado a trabajar en el laboratorio de la universidad, por ejemplo, como parte de un equipo, bajo la dirección de otros, trabajando en el proyecto de su supervisor, y en algunos casos, el nivel de criterio que pueda tener en la realización del trabajo puede ser mínimo. El control también se puede ejercer sobre el estudiante a través de marcarle un horario o lugar de trabajo, o por los códigos de vestimenta. Estos son factores que deben tenerse en cuenta al someter la relación entre el estudiante y la universidad. Por lo que algunos estudiantes de doctorado en ciencias pueden tener un vínculo suficiente con su universidad para generar responsabilidad vicaria. Los mismos factores, por supuesto, deben tenerse en cuenta para los investigadores de doctorado en artes y humanidades, sin embargo, muy pocos son propensos a desencadenar responsabilidad vicaria²⁶².

²⁶⁰ [1947] 1 DLR 161 en 169.

²⁶¹ Según declaró la Corte Suprema de Canadá (*Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc* [2001] 2 SCR 983, 204 DLR (4th) 542). En la doctrina inglesa, entre otros, puede verse W. V. Horton Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, 18th ed., London, Sweet & Maxwell, 2010, pp. 948 a 958.

²⁶² Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 648.

Más recientemente, los comentarios al § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano, enumera numerosos indicios fácticos que son pertinentes para determinar si un “agent” tiene la condición de “empleado”. Estos comentarios siguen el enfoque moderno de aplicar un sistema de múltiples factores relevantes para establecer si quien comete un “tort” es considerado empleado del principal para que éste último responda ante la víctima, como por ejemplo, si existe un grado de control que el agente y el principal han convenido en relación con las tareas a desarrollar por el primero; si el agente se encuentra implicado en una actividad o empresa distinta de la que desarrolla para el principal; si el agente realiza habitualmente la tarea bajo la dirección del principal o si, por el contrario, la realiza sin la supervisión de éste; si es el agente o, por el contrario, el principal, quienes suministran el instrumental y otros materiales o medios necesarios para realizar la actividad, así como el lugar en el que ésta se desarrolla; la duración temporal de la relación entre el agente y el principal; si la contraprestación que recibe el agente es por trabajo realizado o por tiempo trabajado; si la tarea del agente forma parte de la actividad empresarial habitual del principal; si el agente y el principal eran conscientes de participar en una relación de naturaleza laboral; o si el principal participa habitualmente en el sector empresarial en el que se desarrolla la actuación²⁶³.

Para los propósitos del *Respondeat Superior*, un agente es un empleado sólo cuando el principal controla o tiene el derecho de controlar la manera y los medios a través de los cuales el agente realiza el trabajo. Así, el hecho de que un agente realice un trabajo a título gratuito, no exime al principal de responsabilidad vicaria cuando éste controla la forma y el medio de actuación del agente. Por lo que si el principal no tiene derecho a

²⁶³ Así, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. f) al § 7.07, p. 211. En la doctrina, Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, West Group, 2000, p. 917.

controlar al agente, o no ejerce ningún control sobre él, no será considerado un empleado²⁶⁴.

2.1.2. Modelo europeo continental (o del “Civil Law”)

En cambio, el modelo europeo continental adopta un enfoque más flexible. Este hace una valoración más global del contexto en el que se desarrolla la relación entre el principal y el auxiliar, por lo que no se entra a detallar los elementos concretos que concurren, sino que se realiza más una visión de conjunto con el fin de establecer si el segundo actuó siguiendo directrices, instrucciones y vigilancia del primero, y si los riesgos originados eran la contrapartida para obtener un lucro del que se beneficiaría básicamente el principal. Por consiguiente, responderá el empresario que ostente el control de la actividad por el daño causado por el dependiente que tiene bajo su supervisión²⁶⁵.

A diferencia del sistema angloamericano, este modelo no se centra tanto en encajar la actuación del auxiliar dentro de una u otra obligación concreta, sino en valorar los efectos que derivan de esa relación, cualquiera que ésta sea. Por lo que es irrelevante que esas facultades tengan su origen en una determinada modalidad contractual, ya nazcan al margen de un contrato, ya de una simple relación de hecho. Lo importante es que exista un vínculo de subordinación entre ambas partes, por lo que será indicativo de la existencia de dependencia, el sometimiento del auxiliar a las instrucciones del principal, y la facultad de éste de delimitar el alcance y duración de la

²⁶⁴ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, ídem., Comm. f) al § 7.07, p. 210.

²⁶⁵ González Orviz, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, cit., p. 27.

actuación de aquél²⁶⁶. Otras veces, será el poder de control y de supervisión que el principal pueda reservarse²⁶⁷.

Este modelo es seguido generalmente por países como Francia²⁶⁸, Alemania²⁶⁹ o España²⁷⁰, en los que, salvo en supuestos excepcionales, la jurisprudencia no suele entrar en un análisis detallado del contenido concreto de la relación entre principal y auxiliar²⁷¹, y suele contentarse con una valoración conjunta del contexto en el que se desarrolla la relación, siendo suficiente que de ella resulte la existencia de un vínculo de dependencia o subordinación entre ambos. En las pocas ocasiones que la jurisprudencia española ha entrado a detallar el contenido concreto entre principal y auxiliar, se ha fijado sobre el modo de pago de las labores encomendadas –mediante facturación o salario–, o quién es el titular de la

²⁶⁶ Vide von Bar, *The Common European Law of Torts*, cit., pp. 207 y 208.

²⁶⁷ Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 66.

²⁶⁸ El artículo 1.384 (5) *Code Civil* francés crea un régimen de responsabilidad objetiva para las situaciones en que una persona realiza actividades como subordinado de otro. Para que nazca dicha responsabilidad hacia el principal, no se requiere un contrato entre los dos. Por lo que los tribunales se inclinan por una interpretación amplia de la norma, ya que se aplica a situaciones en las que alguien ha prestado un servicio de modo amistoso y gratuito a otro. Sin embargo, la relación entre empleador y empleado tiene que ser real y no puede ser resultado de una situación de pura apariencia. Si así fuese, la responsabilidad se basaría en el artículo 1382 del *Code Civil*. Véase Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 506.

²⁶⁹ Así el § 831 describe al empleador como principal (*Geschäftsherr*). El empleado (*Verrichtungsgelilfe*) es un subordinado o servidor (generalmente un empleado), que depende de las instrucciones de su mandante. El principal puede incluso ser responsable de los contratistas y comerciantes independientes si éstos dependen de sus instrucciones. Por todo ver, Van Dam, *European Tort Law*, ídem, p. 503.

²⁷⁰ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 69.

²⁷¹ En nuestro país, alguna sentencia, como por ejemplo la STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001], relativa a un supuesto de responsabilidad por hechos de un trabajador cedido, apuntaba criterios como la facultad de formar y preparar a los trabajadores, o la de ceder a los trabajadores con la instrucción suficiente.

póliza que cubre los daños causados a terceros por la actividad²⁷². Yendo incluso más allá, algunos sectores de la doctrina alemana proponen trascender el control directo sobre la conducta del auxiliar, y considerar principal a quien ejerce el control y supervisión de los riesgos organizativos de la actividad, así como a quien tiene la capacidad económica para afrontarlos²⁷³.

En el derecho español, para algunos autores²⁷⁴, habrá relación de dependencia y, por lo tanto, responsabilidad por hecho ajeno, cuando el principal regule el tiempo y lugar de trabajo así como el de ocio y vacaciones; se reserve las funciones de control, vigilancia o dirección de las labores encargadas a sus auxiliares –si no hay supervisión no hay dependencia–; cuando ponga a disposición del agente los instrumentos y medios de trabajo necesarios –es claro que si el auxiliar aporta los instrumentos no habrá dependencia–; cuando indique qué tareas debe desempeñar el auxiliar y además especifique cómo debe llevarlas a cabo; si el tipo de tarea que lleva a cabo el auxiliar forma parte de la actividad profesional, comercial o empresarial habitual del principal; si el tipo de

²⁷² Así lo señala la STS 1.2.2007 [RJ 2007\788] en la que se declara la responsabilidad civil de una promotora por reservarse la dirección técnica, la inspección y el control de las obras, así como de la solicitud de los permisos de la instalación de la grúa. Así mismo, las SSTs 3.12.2003 [RJ 2003\8519] y 13.6.2007 [RJ 2007\3509], apuntan criterios como quién se hace cargo del salario, sobre la cesión de los trabajadores o sobre la salud e higiene laboral aunque se tenga contratado el mantenimiento con una empresa privada, respectivamente.

²⁷³ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 460. Es de la misma opinión, Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 413 y ss. En la doctrina española, véase Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 69.

²⁷⁴ Salvador Coderch / Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p.15, y Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 71 y 72.

actividad está sujeta habitualmente a la dirección del principal o si, por el contrario, se realiza sin su supervisión; si el auxiliar se dedica habitualmente a la actividad encargada, y si lo hace por cuenta propia o ajena; las habilidades requeridas al auxiliar; el tipo de relación existente entre principal y auxiliar, su contenido y duración; si la relación tiene naturaleza contractual, de qué tipo de contrato se trata; si asume los riesgos económicos y financieros de la actividad; si se encarga de las aportaciones a la Seguridad Social y demás pagos a la Administración, etc. Así, cualquiera de los criterios enunciados es suficiente o coadyuva para declarar la existencia de una relación de dependencia. Lo que nos conducirá a la existencia del factor fundamental del control final de la actividad y, así, poder llegar a la persona responsable, el principal²⁷⁵.

Un caso interesante es el que plantea la STS 3.12.2003 [RJ 2003\8519], en la que el Alto Tribunal aprecia responsabilidad civil de la empresa dueña de la obra, “Astilleros Españoles, SA”, en un caso sobre el fallecimiento de un trabajador empleado en una empresa contratista, Hierros Tellaetxe, por entender la existencia de culpa *in vigilando* e *in eligendo* de la primera, por la infracción de su deber en el control asumido sobre la actividad desarrollada por la segunda en temas de seguridad. Aunque el Tribunal señala que en principio no hay relación de dependencia entre la empresa Astilleros y la empresa contratada, a raíz de las cláusulas establecidas en el contrato firmado entre ambas de entre las cuales destaca, que la contratista se reservaba expresamente entre otros controles que resultasen habituales en la actividad objeto del presente contrato, “[L]os de carácter jurídico, encaminados a comprobar el cumplimiento por parte del contratista, de cuanta normativa vigente le resulta aplicable y específicamente de la relativa a los aspectos laborales, de Seguridad Social y de Seguridad e Higiene (...)”, el Alto Tribunal consideró que aunque entre la firma de la recurrente y la entidad Hierros Tellaetxe no existía una relación de dependencia, sí había “un férreo control” de vigilancia de la

²⁷⁵ González Orviz, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, cit., p. 27.

primera entidad sobre la segunda, sobre todo en temas de seguridad laboral, en la que ésta asumía responsabilidades. Es por ello, que este “férreo control” manifiesta la existencia de la relación de dependencia entre ambas empresas por lo que es lógico que entre en juego la exigencia de pedir la responsabilidad del artículo 1903.IV CC, en relación a la empresa recurrente, pues no cabe duda de la existencia de una culpa *in vigilando* e incluso *in eligendo* al existir una infracción del deber de control de la actividad desarrollada por la empresa contratada.

Y otro ejemplo de los pocos que existen, en que los tribunales españoles señalan algunos índices para determinar la existencia de relación de dependencia o subordinación, cuya concurrencia o ausencia permiten, respectivamente, afirmarla o negarla, se encuentra en la STS 1.2.2007 [RJ 2007\788]. En ella se declara la responsabilidad civil de una empresa promotora por la muerte de un trabajador de la construcción que pertenecía a la empresa subcontratada por ella, al caerle sobre la cabeza el conjunto de material sujetado por la grúa instalada en la obra. En esta sentencia se enumeran algunos de los criterios anunciados por la doctrina, tales como el reservarse la dirección técnica, la inspección y el control de las obras, así como la solicitud a la Administración de los permisos de instalación de la grúa, los planos de situación y la póliza de seguro del aparato elevador y, asumiendo de forma expresa y para su concesión, el cumplimiento sobre instalación y funcionamiento de grúas en la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971. En efecto, la implicación de la promotora en las obras y, por consiguiente el nacimiento de su responsabilidad civil, viene dada por la existencia de una relación de dependencia derivada de la designación de un director facultativo en la obra a quien competía exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de seguridad e higiene en el

trabajo, pues ello fue determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903.IV CC²⁷⁶.

Ya se apuntaba que es irrelevante que estas facultades tengan su origen en una determinada modalidad contractual, ya nazcan al margen de un contrato o de una simple relación de hecho. Lo importante es que exista un vínculo de subordinación entre ambas partes. Este hecho se confirma en la STS 3.4.2006 [RJ 2006\1871] en la que también existe responsabilidad civil de una promotora, porque existe, según el Alto Tribunal, dependencia de ésta con las empresas subcontratadas al ser evidente que la promotora ejercía de “facto” el poder de control y dirección de la obra que se ejecutaba, ya que el representante de la promotora se personaba con frecuencia en la edificación (se habla de hasta tres veces por semana), para verificar que se construía conforme a proyecto y se daba cumplimiento al Plan de Seguridad. Otra prueba de esas facultades de control, precisamente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, es que la entidad promotora se negó a pagar el coste de ciertas medidas de seguridad incluidas en una certificación de obra hecha por ella, dando orden al aparejador para que se hiciera cargo de ellas.

El Tribunal Supremo, pues, confirma la existencia de varios criterios específicos de dependencia entre las empresas subcontratadas y la principal por no considerarse las primeras autónomas o independientes, debiendo de responder la segunda por la responsabilidad derivada del artículo 1903.IV CC, cuando, de un lado, el principal se reserva la responsabilidad en la ejecución de las obras y, de otro, como ha quedado ejemplificado, cuando solicita permisos a la Administración o se preocupa de las medidas de

²⁷⁶ La propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la STS, 2a, 1.6.2001 [RJ 2001\9959], en un caso de subcontratación de parte de las obras, también declaró la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa constructora, al entender que la infracción del deber objetivo de cuidado permanece en la empresa constructora como responsable de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, de todas las personas que desempeñan cualquier género de actividad en la misma.

seguridad e higiene²⁷⁷. Es más, la STS 10.9.2007 [RJ 2007\4979], concluye que “[L]a observancia de la normativa sobre seguridad en el trabajo, permanece en los contratos principales sin delegación posible a efectos totalmente exonerativos, por lo que no es válido argumentar que se produce desconexión de la sociedad recurrente respecto a aquellos accidentes que ocurren en el desarrollo de su actividad”.

Efectivamente, las cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas contractualmente no tienen cabida a efectos externos para el tercero, sino que solamente son posibles en las relaciones internas de ambos contratantes. Así, aunque haya pactada una cláusula de exención de responsabilidad en favor de la principal, pero ésta actúa de hecho vigilando, dirigiendo o participando en las obras, deberá responder solidariamente con el autor material del hecho dañoso ante la víctima, por existir una relación de dependencia entre ambos (sobre esta cuestión *vide infra* II.2.2.2.C).a)).

Hasta lo aquí expuesto, no hay duda que la jurisprudencia española empieza a señalar algunos criterios, como el de hacerse cargo de la seguridad e higiene en el trabajo o el de solicitar permisos a la Administración, que demuestran la existencia de una relación de dependencia entre el principal y el auxiliar que también pueden incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual, aunque medie entre ellos una cláusula de exención de responsabilidad civil que no altera las reglas generales de esta responsabilidad. Pero pese a la existencia de estos pocos criterios, no se puede hablar de un listado concreto de factores que le permitan al tribunal discernir el grado de integración del causante directo del daño en la estructura organizativa del demandado, tal y como sucede en el modelo de los ordenamientos angloamericanos. Más bien, este segundo enfoque, claramente de carácter más flexible, es más coherente con el contexto actual de las relaciones entre principales y auxiliares, a menudo

²⁷⁷ Entre las ya citadas y que siguen el mismo criterio, se encuentra la STS 25.1.2007 [RJ 2007\1700].

temporales o a tiempo parcial, en las que el vínculo de dependencia puede apoyarse en diferentes categorías contractuales, o incluso nacer de meras relaciones de hecho, y en las que puede obtenerse la responsabilidad del principal sin necesidad de identificar qué concreto auxiliar ha causado el daño²⁷⁸. Por lo que ante este panorama, pretender un análisis detallado de la relación entre principal y auxiliar puede resultar infructuoso.

En mi opinión, es preferible optar por este segundo modelo de un enfoque flexible, que no requiere centrar la atención en la relación bilateral entre el principal y un concreto auxiliar, ni en sus concretas características, para imponer la responsabilidad al sujeto que se sirve de auxiliares para ejercer una actividad potencialmente creadora de riesgos. De hecho, tanto la jurisprudencia como algunos autores angloamericanos, ante los nuevos problemas surgidos y que el *common law* no les da solución, empieza a surgir un movimiento general hacia una mayor aceptación del riesgo/beneficio como base para una regla general de responsabilidad²⁷⁹. Por ello, la existencia de una “mínima supervisión”, entendida ésta en sentido amplio, debería bastar para imponer responsabilidad sobre quien gestiona

²⁷⁸ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 70.

²⁷⁹ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 434 y ss.

globalmente una organización y percibe los beneficios que de ella se derivan²⁸⁰.

Las propuestas europeas de los PETL y del DCFR a diferencia del *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano, evitan incluir un listado detallado de factores para establecer si existió o no relación de subordinación. Más bien optan por el criterio contrario y proponen, también, un enfoque amplio y flexible como España, Francia y Alemania. Así, por ejemplo, los comentarios al artículo 6:102 PETL señalan que la noción de “auxiliares” “presupone cierto grado de subordinación o de integración, o de tareas llevadas a cabo bajo la supervisión o el control del demandado”, precisando, además, que este término “se usa en plural, para indicar que no es necesario identificar al empleado que individualmente haya actuado, sino que basta con llegar a establecer que era parte del personal al servicio del empleador”²⁸¹. A ello hay que añadir el hecho –ya señalado– de no limitar la aplicación del régimen al estricto ámbito de las relaciones de naturaleza laboral. Con mayor claridad, los comentarios al artículo VI.3:201 DCFR indican que “el requisito para la responsabilidad por hecho de otro es siempre la posibilidad mínima abstracta de dirigir y supervisar su conducta

²⁸⁰ En la propia doctrina inglesa, John Bell, *Vicarious Liability for Child Abuse, The Cambridge Law Journal*, vol. 69, núm. 3, 2010, pp. 440 a 442, señala que uno de los principales fundamentos del régimen de responsabilidad vicaria es el riesgo que un principal crea para quienes, de un modo u otro, entran en contacto con su negocio o empresa. Por otra parte, opina que hoy en día muchos auxiliares desarrollan sus tareas con una “supervisión mínima”, sin que ello deba considerarse un obstáculo para imponer responsabilidad al principal, en tanto que estos patrones de trabajo generan, al mismo tiempo, beneficios, pero también riesgos, que el principal debe soportar. Es de la misma opinión, Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 413 y ss., para quien no hay duda que el empresario u organización es responsable de todos los riesgos inherentes a sus actividades. Sobre la necesidad de un enfoque flexible de la relación de dependencia, véase también Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 140 y ss.

²⁸¹ Moréteau, “Comentarios al Art. 6:102 PETL”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martí Casals, cit., núm. 6, p. 162.

mediante instrucciones vinculantes”, recordando más adelante que no es necesario que dicha relación se enmarque en un contrato laboral ni en un contexto estrictamente contractual²⁸².

2.2. *Dependencia basada en la relación contractual*

2.2.1. El contrato de trabajo

La relación de dependencia o subordinación entre el principal y el auxiliar es el segundo presupuesto fundamental para que se dé la responsabilidad civil del art. 1903.IV CC²⁸³. Al principio de este capítulo, ya comentábamos que el término “empresario” que aparece literalmente en el redactado del artículo 1903.IV CC ha de interpretarse en sentido amplio, incluyendo a cualquier persona física o jurídica titular de una explotación económica²⁸⁴. Así mismo, al término “dependientes” también cabe aplicarle un concepto amplio en condición de “auxiliar”. Es claro que el término dependiente viene ligado al sometimiento de unas instrucciones dadas por otra persona. Por lo tanto, para que se dé la condición de auxiliar, no es necesario tener que identificar al mismo en ningún tipo de relación contractual²⁸⁵. Es decir, no cabrá incardinar la figura del dependiente a un contrato laboral para que responda el principal, sino que bastará que el

²⁸² Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, pp. 3455 y ss.

²⁸³ SSTS 23.10.1980 [RJ 1980\3911] y 11.10.1991 [RJ 1991\6909].

²⁸⁴ Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 502 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059.

²⁸⁵ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 209.

auxiliar cause un daño mientras ejerza la actividad ordenada por el principal.

También se apuntaba que la naturaleza y características del vínculo son de creación netamente jurisprudencial, al menos en sus límites extremos, y su mayor o menor extensión dependerá mucho del sistema jurídico vigente en cada país²⁸⁶. Por lo que la mayoría de la jurisprudencia entiende, que la relación de dependencia significa que el auxiliar actúa bajo la dirección, las instrucciones o el control o vigilancia del principal para que este último responda²⁸⁷. En efecto, la jurisprudencia de la mayoría de países, tiende a aplicar el régimen más allá del estricto ámbito de los contratos de trabajo o de servicios, y lo extiende a todas aquellas situaciones en las que una persona (auxiliar) actúa bajo la dependencia de otra (principal), que es quien percibe los beneficios de la actuación del primero²⁸⁸. Por lo tanto, la dependencia no es exclusiva del contrato de trabajo, sin perjuicio de que la misma presente caracteres propios según se manifieste dentro de una relación laboral o fuera de ella²⁸⁹. Por esta razón, tal y como opina el profesor von Bar²⁹⁰, el uso de expresiones como las de “empresario” y “trabajador”, más que indicar la naturaleza de la relación que les une, cumple una función de simplificación, en la medida en que el supuesto de responsabilidad del empresario por hechos de un trabajador, constituye el de más frecuente aplicación del régimen, pero no el único.

²⁸⁶ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 298.

²⁸⁷ Por todos, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 216. Jurisprudencialmente, STS de 1.6.2010 [RJ 2010\2659].

²⁸⁸ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 621. Para este autor, como ya señalaba anteriormente, la responsabilidad vicaria no se funda en un contrato, sino más bien en el control y la atribución. Esto significa que el principal no necesita tener un contrato con el autor del daño para responder vicariamente, siempre y cuando esta persona actúe para él.

²⁸⁹ María Antonia Castro Argüelles, “La exigencia de responsabilidad en el contexto de la prestación de servicios profesionales: una reseña de jurisprudencia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, p.1306.

²⁹⁰ Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., p. 207.

Normalmente, el enfoque angloamericano requiere que exista una relación contractual entre el empleador y el empleado, ya que entiende que si no existe relación contractual alguna, no puede haber responsabilidad vicaria. Por lo que estos ordenamientos jurídicos son los que mayores dificultades experimentan para superar la estricta esfera laboral²⁹¹. La justificación de esta corriente principal de exigir un contrato entre el principal y el auxiliar se vehicula, tal y como decíamos, a través del modelo de control entre ambos para proporcionar el necesario *iuris vinculum*²⁹². No obstante, algunos autores y la jurisprudencia angloamericana ven claramente que la responsabilidad vicaria actual no se limita a la relación empleador/empleado, sino que existen un número importante de categorías de casos en que el empresario es responsable vicariamente por una persona que trabaja para él de modo similar a un empleado pero sin contrato, aún hoy hay autores que no lo ven de este modo²⁹³. Es el caso de Neyers²⁹⁴, para quien la responsabilidad vicaria se puede explicar sólo como una cuestión de contrato. La responsabilidad vicaria se limita en su aplicación a las relaciones entre empleadores y empleados y no se extiende más allá, es decir, entre el principal y la víctima. La teoría propuesta implica una cláusula contractual que indemniza al trabajador por los daños sufridos en el

²⁹¹ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 53.

²⁹² Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 622 y ss.

²⁹³ Una sentencia importante es *Hawley v. Luminar Leisure Ltd.* [2006] EWCA Civ 18, IRLR 817, en la que no se contrajo un contrato entre los porteros y la empresa Luminar, sino que se contrató a ASE Security Services Ltd., pero el tribunal los consideró empleados de Luminar a los efectos de la responsabilidad vicaria, ya que fueron controlados por la dirección de Luminar y se integraban en su negocio. Otro ejemplo es la sentencia de *Viasystems (Tyneside) Ltd. v. Thermal Transfer (Northern) Ltd.* [2005] EWCA Civ 1151, [2006] QB 510, sentencia que introdujo una doble responsabilidad vicaria, es decir, respondieron solidariamente dos entidades por un empleado a pesar de que una no tenía un contrato con él, y otro caso es el de *JGE v. The English Province of Our Lady of Charity and The Trustees of the Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust* [2012] EWCA Civ 938, en la que se sostuvo que un obispo puede ser responsable vicario de las acciones de un sacerdote diocesano, aun cuando su relación no se rija por contrato, sino por el Derecho Romano Canónico.

²⁹⁴ Jason W. Neyers, *A Theory of Vicarious of Liability*, *Alberta Law Review*, núm. 43, 2005, p. 287.

curso de su empleo. Así, la responsabilidad vicaria se deduce de la aplicación de los conceptos contractuales de subrogación y de indemnización. Su teoría se centra, pues, en la relación empleado/empleador en lugar de la víctima/empleado o las relaciones víctima/patronal. Por lo que la víctima que ha sufrido el daño se subroga en el derecho de indemnización del trabajador. Esta teoría explica porque el causante del daño debe ser un empleado, ya que si el causante del daño no es un empleado, la víctima no tendrá derecho a reclamar la indemnización de la persona vicariamente responsable.

Es claro que se trata de un argumento viciado, ya que el contrato es sólo una de las muchas maneras que tiene el principal para ejercer el control sobre su auxiliar, ya que existen otros métodos de control como, por ejemplo, el control de hecho. Así, el contrato de trabajo o la propiedad de bienes muebles utilizados son simplemente los métodos de demostración del requisito de control²⁹⁵. Como apunta algún autor, es probable que la terminología jurídica empleada pueda tener algo que ver con ello. Así, mientras que los ordenamientos jurídicos del *civil law* tienden a utilizar términos más amplios y flexibles como “commettant” y “préposé” (Francia), “Geschäftsherr” y “Verrichtungsgehilfen” (dueño del negocio y colaborador en la ejecución, en Alemania), o “padroni e committenti” y “domestici e commessi” (Italia), semejantes a los “dueños o directores de establecimiento o empresa” y a los “dependientes” de nuestro Código Civil, los ordenamientos jurídicos del *common law* –como el inglés o el norteamericano–, han tendido originariamente a emplear una terminología

²⁹⁵ Robert Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 336.

circunscrita al contexto laboral: “employer” (empleador) y “employee” (empleado)²⁹⁶.

Para dar solución a este problema encorsetado que tiene el sistema del *common law*, los tribunales ingleses usan dos mecanismos diferentes. El primero de ellos consiste en aplicar por vía analógica las reglas del derecho de representación (*law of agency*), que también impone una responsabilidad vicaria al representado por los hechos de su representante (“agent”). Aunque ha sido un mecanismo para hacer frente a algunos casos excepcionales – sobre todo ha sido especialmente útil en los casos en que la relación entre uno y otro tenía carácter gratuito, concretamente en los casos de préstamos de vehículos²⁹⁷ o barcos²⁹⁸–, no debe convertirse en la norma. Todavía hoy existen debates acerca de la naturaleza de esta responsabilidad. Algunos autores alegan que esta forma de responsabilidad vicaria de un “agente” es una forma *sui generis* de responsabilidad. Así mismo, Giliker también sostiene que la agencia es distinta de la responsabilidad vicaria, y es crítica

²⁹⁶ Sobre esta limitación, véase Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 101 y ss. En el derecho comparado, son pocos los ordenamientos jurídicos europeos que circunscriben la responsabilidad del principal al contrato de trabajo, entre los que, además del Reino Unido, se encuentran también Polonia y los Países Bajos. Sobre la cuestión, véase al respecto Suzanne Garland-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300. En España, recientemente, véase Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 53 y ss.

²⁹⁷ *Ormrod v. Crosville Motor Services Ltd* [1953] 1 WLR 409 (Devlin J), *affd* 119531 1 WLR 1120 (CA), que versa sobre la responsabilidad vicaria de un empresario (principal) por el transporte de un coche a Montecarlo por un agente (auxiliar). La negligencia del conductor causó un accidente y el principal fue declarado responsable porque el mismo ocurrió en el transcurso de una relación entre agente y principal.

²⁹⁸ *“Thelma” (Owners) v. University College School* [1953] 2 Lloyd's Law Report 613, en la que se hace responder vicariamente a la Escuela por la colisión producida en el río Támesis entre una canoa del colegio que participaba en una regata de ocho filas y la embarcación en la que estaba un juez. Cuando la canoa procedía a virar, lanzó al agua al árbitro de la carrera que estaba en su puesto inmóvil causándole varias lesiones. El Tribunal entendió que la alumna actuaba como un agente, y ante su negligencia, la responsabilidad alcanzó a la Escuela.

del uso de este recurso. Esta autora sostiene que se utiliza la responsabilidad vicaria de los agentes para extenderla a los que trabajaban gratuitamente para un principal demandado. Es claro que se está convirtiendo cada vez más en un recurso inadecuado²⁹⁹. Por lo que, según Morgan³⁰⁰, hay menos necesidad de recurrir al derecho de representación, si se reconoce que uno puede ser un empleado extracontractual, tanto si se tiene un contrato con otro, como si se es un mero voluntario. Así mismo, el concepto de empleado extracontractual también proporcionaría una buena solución a la situación en la que una relación se rige por la existencia de un control, basado en las instrucciones, las órdenes o la supervisión³⁰¹. Por consiguiente, este autor apuesta para que la responsabilidad vicaria albergue tanto a estos supuestos como a los casos de relaciones de hecho. Sin embargo, como dicha aplicación no es aún una realidad, no ha dejado de plantear problemas principalmente porque, en las relaciones representativas, la responsabilidad del principal es “primaria” –en el sentido de que asume como propia la actuación del representante y, por ello, responde por hecho propio–, mientras que en un contexto de responsabilidad vicaria, la responsabilidad es “por hecho ajeno”, es decir, la responsabilidad del principal es indirecta, ya que quien actúa es el auxiliar y los beneficios sí los asume el principal. Por esta razón, algún sector de la doctrina inglesa ha advertido que “como concepto, la responsabilidad que deriva de la relación representativa [*agency*] es distinta de la responsabilidad vicaria”³⁰². En efecto, voces recientes como la de John Bell, afirman a favor de esta autora, que la terminología usada aquí de “negocio”, “trabajador” o “empresario” inducen

²⁹⁹ Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 109 y 110.

³⁰⁰ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 626 a 628.

³⁰¹ En efecto, un voluntario tiene el estatus de un empleado para propósitos del *Respondeat Superior* cuando el empresario tiene derecho a dirigir sus deberes, tiene un interés en el trabajo a realizar, acepta el beneficio directo o indirecto de la actividad, y tiene el derecho a despedir o sustituir a los voluntarios. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. al § 7.07, p. 221.

³⁰² Sobre la cuestión, véase Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 108 a 116.

a error, por lo que ya no cabe extender esta responsabilidad al concepto de “agencia”, que tiene un significado bastante bien definido³⁰³.

El segundo mecanismo empleado por los tribunales ingleses para trascender los estrechos límites de la relación laboral entre principal y auxiliar se encuentra en la doctrina de los “deberes no delegables” (“non-delegable duties”), que permite hacer responder al comitente por los daños que causa un contratista independiente³⁰⁴. Muy a menudo se recurren y usan los deberes no delegables como respuesta a las deficiencias percibidas en la responsabilidad vicaria³⁰⁵. En efecto, es un mecanismo que está siendo cada vez más utilizado para “tapar los huecos dejados por la responsabilidad vicaria”, sobre todo teniendo en cuenta que las relaciones formales obrero-patronales están “disminuyendo”³⁰⁶. Al quedar el régimen de responsabilidad vicaria circunscrito a relaciones de naturaleza laboral –lo que incluye tanto el contrato de trabajo como el de contrato de servicios–, el número de supuestos que en un ordenamiento como el inglés caen fuera de la relación de dependencia y entran de lleno en el campo de actuación de un contratista independiente, es mucho mayor que en ordenamientos más flexibles como el nuestro. En el derecho inglés, igualmente a como ocurre en el derecho norteamericano, la regla general en este campo es la de que el

³⁰³ John Bell, “The Basis of Vicarious Liability”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 72, núm. 1, 2013, p. 19. Este autor pone como ejemplo el caso australiano *Hollis v Vabu Pty Ltd* (2001) 207 CLR 21, en el que se sigue utilizando el concepto de “agente representativo” para describir a la persona responsable. La sentencia trata el caso de un mensajero que mientras realizaba un trabajo de mensajería para el principal demandado, causó daños con su bicicleta a un viandante. Aunque el mismo se trataba de un contratista independiente, la *High Court* consideró que el empresario era responsable por negligencia de los daños causados por el mensajero, tanto a título de responsabilidad vicaria como por *agency*.

³⁰⁴ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 53 y ss.

³⁰⁵ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 641.

³⁰⁶ John Murphy, “Juridical Foundations of Common Law Non-Delegable Duties”, en Jason W. Neyers, Erika Chamberlain, Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 371.

comitente no responde por los hechos de un contratista independiente, salvo que exista culpa propia del comitente o que el contratista haya causado el daño en cumplimiento de un deber que el comitente no podía delegar. De ahí que los tribunales de Inglaterra y Gales hayan desarrollado “deberes no delegables” en áreas en las que no era posible aplicar el tradicional régimen de responsabilidad vicaria, por no existir un vínculo de naturaleza laboral entre principal y auxiliar³⁰⁷. Pero, surgen diversas voces que critican este mecanismo, ya que los deberes no delegables son fáciles de inventar. Para Morgan uno no puede simplemente fabricar los deberes no delegables para los casos en que se desea la responsabilidad de voluntarios o los no empleados que causan un daño y responda el principal. Si fuese así, su responsabilidad sería más onerosa que los que son empleados, ya que en los deberes no delegables no hay la necesidad de la existencia de una estrecha relación para que se active la responsabilidad extracontractual³⁰⁸. La clave para entender los deberes no delegables es que hay varias situaciones en que la ley impone responsabilidad objetiva con diferentes fundamentos. Como ejemplos se encuentran, generalmente, las actividades anormales o extra peligrosas, las molestias privadas, el perjuicio público, las infracciones de diversas obligaciones legales, el deber de un transportista de navegabilidad, los deberes de los depositarios respecto de los depositantes, los deberes de los hospitales respecto los pacientes, el deber de los poseedores con los visitantes, el deber del empleador con respecto a la seguridad de los empleados y, posiblemente, otros casos distintos donde ha habido una asunción de responsabilidad por parte del principal hacia la víctima³⁰⁹.

En efecto, en el derecho inglés, uno de los supuestos típicos en el que se utilizan los deberes no delegables es el caso del deber del empresario

³⁰⁷ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 53 y ss.

³⁰⁸ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 641.

³⁰⁹ Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 331 a 337 y en el que se encuentra numerosos ejemplos jurisprudenciales de cada deber no delegable.

respecto a la seguridad de sus empleados. El empresario debe de proporcionar un sistema seguro de trabajo no delegable y voluntariamente asumido. Por lo que este deber se entiende mucho mejor visto desde el prisma contractual. Tradicionalmente, los ordenamientos jurídicos del *common law* prohibían las demandas de un trabajador contra su empresario, por los daños que le había causado negligentemente otro trabajador (“fellow servant rule”). Frente a tal limitación, los tribunales desarrollaron un “deber no delegable” que establecía que el empresario tenía un deber frente a sus trabajadores de que no resultarían dañados por otro trabajador en el desempeño de sus cometidos laborales. Dicho deber recaía sobre el empresario y no podía delegarse a los trabajadores³¹⁰. Por ello, el empleador se obliga a adoptar la diligencia necesaria para garantizarles y procurarles la seguridad en el trabajo y puede ser responsable a pesar de que ninguno de sus empleados sea descuidado³¹¹. Al tratarse de un deber de cuidado, proporciona al dependiente un derecho contra el empresario por la asunción voluntaria de responsabilidades³¹². Así, el trabajador lesionado por un compañero de trabajo puede dirigirse directamente contra el empresario,

³¹⁰ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 56.

³¹¹ Aunque esta es la tesis normalmente seguida, hay alguna excepción como la sentencia del caso *Davie v New Merton Board Mills Ltd* [1959] AC 604 (HL) 642, donde el tribunal no encontró responsable al empresario. El caso versa sobre un empleado que resultó herido en el trabajo mediante una herramienta defectuosa. El defecto se debió a la negligencia del fabricante y no podía ser razonablemente detectado por el empresario. Por ello, Lord Simonds dijo que los empleadores no incumplieron la obligación de proporcionar instalaciones y equipos seguros para sus empleados, sino que adquirieron herramientas de fabricantes bien conocidos que posteriormente resultaron ser defectuosas, pero tenían derecho a suponer que eran adecuadas para su uso. Hubo muchas críticas a esa decisión, por encontrarla insatisfactoria. Aunque *Davie* no fue un caso en el que el empresario delegase una parte de sus obligaciones, sino más bien la negligencia fue causada por un extraño, parte de la doctrina entendió que un empleador no puede eludir su responsabilidad por la falta de un sistema seguro de trabajo, demostrando que la parte culpable era alguien con quien no tenía ninguna relación contractual. Por todo ver, Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 355 y 356.

³¹² Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, ídem, pp. 354 y 355.

superando así las restricciones impuestas por el tradicional régimen de responsabilidad vicaria³¹³. Como se verá más adelante, el derecho norteamericano también ha desarrollado numerosos “deberes no delegables” para supuestos más específicos (*vide infra* II.3.2.).

En definitiva, es claro que los ordenamientos jurídicos del *common law* aún siguen anclados en el viejo patrón de que, para declarar la responsabilidad vicaria del principal, es necesario que exista una relación contractual entre el empleador y el empleado. Por suerte, como se ha expuesto, tanto la doctrina como la jurisprudencia actual, a raíz de que las relaciones de trabajo son cada vez más flexibles y más personas trabajan de forma independiente o trabajan desde casa, aceptan que cada vez existen más casos de responsabilidad vicaria fuera del contexto estrictamente laboral. Hoy día, la responsabilidad vicaria actual no se limita a la relación empresario/trabajador, sino que existen un gran número importante de categorías de casos, en los que el empresario es responsable vicariamente por una persona que trabaja para él de modo similar a un empleado, pero sin contrato. Para solucionar este problema, la jurisprudencia ha desarrollado mecanismos para superar esta restricción y facilitar la responsabilidad del principal. Así mismo, algunos autores proponen reorientar el derecho inglés en la misma línea que han seguido la mayor parte de ordenamientos del *civil law*³¹⁴, extendiendo los regímenes tradicionales de responsabilidad por hecho ajeno a supuestos distintos del contrato de trabajo e incluso, más allá de él, a supuestos en los que el vínculo entre el principal y el auxiliar ni

³¹³ Esta obligación del empresario de proporcionar un sistema seguro de trabajo no delegable, está bien establecido en el caso *McDermid v. Nash Dredging & Reclamation Co. Ltd.* [1987] AC 906. El demandante fue contratado como marinero de cubierta por los empresarios demandados. Él fue enviado a trabajar en un remolcador de la propiedad de la compañía matriz de los demandados, sufriendo lesiones graves como consecuencia de la negligencia del capitán del buque. La Cámara de los Lores sostuvo que el empresario tenía la obligación indelegable de proveer un sistema de trabajo seguro, por lo que el empresario fue declarado responsable. Para una explicación más detallada, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 119.

³¹⁴ Por todos, Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 621, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 140 y referencias allí citadas.

siquiera se fundamenta en la existencia de un contrato, sino que principalmente requiere la existencia de un beneficio y un control del principal, es decir, que entre ambas partes exista, simplemente, una relación de dependencia³¹⁵, que es el factor principal.

De lo expuesto hasta ahora, es claro que la evolución de la jurisprudencia española, sobre cómo interpretar el art. 1903.IV CC, ha seguido la estela de esta tendencia. A pesar de que, normalmente, el Tribunal Supremo no suele ocuparse de analizar la naturaleza de la relación jurídica existente entre el causante del daño y el empresario, y suele dar por supuesto que esa “dependencia” o “subordinación” se da cuando existe una relación laboral³¹⁶, ha quedado claro que no es necesario, para que responda el principal por los daños causados por sus auxiliares, que medie entre ambos una relación jurídico-laboral, aunque, claro está, la dependencia laboral será el supuesto más paradigmático y frecuente³¹⁷.

En efecto, no hay duda de que el requisito de dependencia se cumple cuando entre el empresario y el dependiente existe una relación de trabajo, puesto que el contrato de trabajo presupone la actuación del empleado al “ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario” (art. 1.1 Estatuto de los Trabajadores)³¹⁸. Pero para que responda civilmente el empresario es también necesaria la existencia de un control hacia el dependiente. Por eso, para la jurisprudencia dominante, la relación de dependencia requiere, en

³¹⁵ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 508.

³¹⁶ M^a Ángeles Parra Lucán, “Comentario al Art. 1903 CC. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Miguel Pasquau Liaño (Dir.) / Klaus Jochen Albiez Dohrmann / Ana López Frías (Coord.), *Jurisprudencia civil Comentada. Código Civil*, Granada, Comares, 2009, p. 3933.

³¹⁷ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 268.

³¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 75, de 29 de marzo de 1995).

primer lugar, que se actúe por cuenta o en interés de otro y, en segundo lugar, que el auxiliar se encuentre bajo la dirección, las órdenes y el control del principal o, lo que es lo mismo, que exista una relación de subordinación entre uno y otro³¹⁹. Ambos elementos son imprescindibles, porque de lo contrario bastaría el trabajo por cuenta de otro, sin quedar sujeto a su control, para que naciera la responsabilidad de éste conforme al artículo 1903.IV CC.

Nuestro Alto Tribunal utiliza expresiones muy diversas cuando habla de la existencia de dependencia o subordinación³²⁰, y todas ellas confirman que existe dependencia cuando el causante directo del daño se encuentra sometido al control, dirección o instrucciones del empresario³²¹. Así lo ejemplifica el Tribunal Supremo cuando cita literalmente que, para que exista una relación jerárquica o de dependencia, “no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno a los casos de que haya una relación de carácter laboral, o de jerarquía o subordinación, ya que puede tener lugar en el ámbito de relaciones arrendaticias, o de otros tipos contractuales o de relación jurídica o de hecho. Y responderá el principal siempre que *tenga o se reserve la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otro*” (énfasis añadido)³²², o

³¹⁹ STS 16.1.2003 [RJ 2003\6] y las en ella citadas.

³²⁰ Algunas hablan de “vínculo de dependencia o subordinación” (SSTS 23.10.1980 [RJ 1980\3911], 7.11.1985 [RJ 1985\5516], 13.6.1987 [RJ 1987\4297] y 19.5.2008 [RJ 2008\5772]); otras hablan de “relación jerárquica o de dependencia” (SSTS 30.10.1991 [RJ 1991\7246], 2.7.1993 [RJ 1993\5789]), 13.05.2005 [RJ 2005\3996] y 1.6.2010 [RJ 2010\2659]; o de “relación de subordinación” (SSTS 7.3.1980 [RJ 1980\1118]; 26.6.1984 [RJ 1984\3269]; 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 15.7.2000 [RJ 2000\6885], 16.1.2003 [RJ 2003\6] y 4.11.2010 [RJ 2010\7988]).

³²¹ Entre otras, SSTS 16.1.2003 [RJ 2003\6], 13.12.2004 [RJ 2004\7878], 26.9.2007 [RJ 2007\5350], 1.10.2008 [RJ 2009\134] y 14.5.2010 [RJ 2010\3494].

³²² Véase por ejemplo STS de 1.6.2010 [RJ 2010\2659] que versa sobre si existe responsabilidad civil de TVE, S.A., cuando en un programa televisivo emitido por la propia cadena en directo, algunos de sus empleados imputan a una persona inocente, mediante un rótulo, haber incendiado la casa de su mujer. Son de la misma opinión, las SSTS 3.10.1997 [RJ 1997\7089] y 2.11.2001 [RJ 2001\9641], entre otras.

“cuando existe *“un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia en una de ellas de facultades de impartir órdenes e instrucciones a la otra”* (énfasis añadido). Y lo que importa es si ello incide en el círculo de actividad en que se produjo el ilícito dañoso”³²³. Por lo que, ante el concepto amplísimo de dependencia que sostiene nuestra jurisprudencia³²⁴, entrarían también dentro del concepto cualquier vínculo jurídico, como un arrendamiento de obra o de servicio, las relaciones de complacencia y buena vecindad que anteriormente se apuntaban o, incluso, en alguno de los negocios jurídicos que pueden dar lugar a una gestión representativa, como es el caso del mandato o la comisión mercantil³²⁵. Pero estos negocios darán lugar a la aplicación del artículo 1903.IV CC cuando creen una situación de dependencia ya que por su naturaleza, *a priori*, no activan esta responsabilidad. Por lo que es la dependencia o subordinación que hace que responda el principal por la actuación dañosa de su auxiliar cuando no media entre ellos ningún tipo de contratación laboral³²⁶.

La superación del origen estrictamente laboral e incluso contractual de la relación entre principal y auxiliar es, también, una característica común a las propuestas de los PETL y del DCFR. Así, por un lado, los comentarios al Art. 6:102 PETL explican que “el uso del término auxiliar revela que la norma se puede aplicar no sólo al mundo de los negocios”, sino “que un auxiliar puede ser tanto un empleado como cualquier persona que actúa con

³²³ STS 17.3.2009 [RJ 2009\1990], con cita de la STS 30.12.1992 [RJ 1992\10565].

³²⁴ Así, la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], cita que la relación de dependencia del art. 1903.IV CC, “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”. Véanse también las SSTs 6.5.2000 [RJ 2000\3104], 16.5.2003 [RJ 2003\4756], 3.4.2006 [RJ 2006\1871] y 1.10.2008 [RJ 2009\134], entre otras.

³²⁵ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 257 y ss., y Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 269.

³²⁶ Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059.

ánimo de ayudar y bajo la supervisión del demandado. El estudio comparado de la mayoría de ordenamientos apoya una interpretación amplia del término *empleo*³²⁷. En una línea parecida, los comentarios al Art. VI. 3:201 DCFR –cuyo texto impone la responsabilidad a “quien emplea o de un modo similar toma a otro a su servicio” –, indican que “el artículo no se limita a la responsabilidad de los empleadores. Aun cuando la persona responsable y la persona cuyos actos se cuestionan no se encuentren conectadas por medio de una relación de empleo en sentido técnico, pueden cumplirse los requisitos del precepto”. De este modo, “el único factor decisivo es que exista una relación de dependencia instructiva (o de superioridad e inferioridad), de la que deriva una autoridad de la persona responsable para controlar la conducta de la parte cuya conducta fue relevante”³²⁸. Por ello, se considera que el régimen se aplica incluso cuando la relación de empleo se encuentra afectada por invalidez, o se ha declarado nula con efectos retroactivos en el momento del daño.

En definitiva, no cabe duda de que al término dependencia se le da gran amplitud, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente. Los requisitos de dependencia del art. 1903.IV CC van más allá de la subordinación laboral, a la que comprende y excede³²⁹. El régimen de responsabilidad del principal por hechos de los auxiliares debe poder aplicarse siempre que entre ellos exista una relación de subordinación o dependencia, en cuya virtud el auxiliar desarrolle una actividad en beneficio del principal. No hay necesidad de que esa relación tenga su fundamento

³²⁷ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., p. 162.

³²⁸ Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 3455.

³²⁹ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 211.

jurídico en un contrato de trabajo o de servicios³³⁰, tampoco que la relación tenga carácter permanente o temporal³³¹. Del mismo modo, resulta irrelevante que el auxiliar perciba o no una remuneración³³², ya que son también auxiliares los voluntarios de una ONG, que actúan bajo las órdenes y el control de ésta³³³. Lo determinante es que el servicio beneficie al principal, y que el auxiliar actúe conforme a las instrucciones y sujeto al control de aquél³³⁴.

³³⁰ Salvador Coderch / Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p.15. Jurisprudencialmente, STS 1.6.2010 [RJ 2010\2659], que indica expresamente “relación jurídica o de hecho”.

³³¹ En efecto, partiendo de una perspectiva flexible, cabría incluso admitir la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares que, sin estar contratados de forma permanente, colaboran con aquél de forma ocasional y actúan bajo su supervisión. Véase al respecto Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059.

³³² European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., p. 162; Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3456. Para un análisis del derecho europeo, Garland-Carval, “Comparative report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300.

³³³ Así, una persona puede ser voluntario para una entidad benéfica como *Oxfam*, usa su uniforme, recibe su formación, trabaja para ellos bajo su dirección y control, y es parte de la imagen pública de la organización, sin embargo, no tiene un contrato de trabajo con esa entidad. Véase al respecto Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 623 y 624.

³³⁴ Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, pp. 208 y 209. Es de la misma opinión Van Dam, el cual entiende que el *common law* ha superado la necesidad del vínculo contractual para aplicar responsabilidad vicaria al principal. Ese autor señala que la responsabilidad vicaria no requiere un contrato de trabajo, sino que lo decisivo es el grado de dependencia con que el trabajo se lleva a cabo, quién determina las horas de trabajo, y quien tiene el control sobre el trabajo. En la práctica, puede ser difícil distinguir una de la otra, en particular en los casos en que alguien trabaja más o menos de forma independiente, pero responderá el principal por los hechos del auxiliar principalmente cuando del trabajo del auxiliar, el primero obtenga un beneficio y lo realice bajo su dirección. Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 508.

2.2.2. El contrato de servicios y el contrato de obra

A) CUESTIONES GENERALES

En el siguiente apartado, se pretende determinar si existe dependencia en las relaciones surgidas tanto en el contrato de servicios como, y en especial, en el contrato de obra. Este último ha sido uno de los más estudiados por la jurisprudencia española, en aras a determinar si el comitente responde civilmente cuando contrata a una empresa, que a su vez puede subcontratar a otra, y causan un daño a terceros³³⁵.

En la mayor parte de las ocasiones, entre el responsable con base al art. 1.903.IV CC y el *causante directo* del daño, existe una relación de trabajo. Y si es así, resulta claro que nos encontramos ante lo que en el precepto se denomina *dependiente*³³⁶. Pero, actualmente, no hay duda por parte de la doctrina española, que la dependencia puede basarse también en un arrendamiento de obra o de servicios o en el contrato de mandato, entre otros³³⁷. Del mismo parecer es la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, que es pacífica en este tema, al declarar que no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno a los casos en que haya una relación de carácter laboral, ya que puede tener lugar en el ámbito de

³³⁵ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 242.

³³⁶ Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 502.

³³⁷ Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059 y Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1472.

relaciones arrendaticias³³⁸, tanto de obras como de servicios, o de otros tipos contractuales o de relación jurídica o de hecho³³⁹.

No obstante, esos negocios, por sí solos, no son suficientes para dar lugar a la aplicación del art. 1903.IV CC, sino sólo en la medida en que además den lugar a una situación de dependencia³⁴⁰, elemento esencial para apreciar la responsabilidad civil del principal. Relación que, entre otras cosas, se traduce en la necesidad de que el principal tenga cierta capacidad de dirección, ordenación y supervisión sobre el pretendido dependiente. Sin esta posibilidad de influencia, siquiera hipotética del principal sobre la conducta del dependiente, no resulta posible la atribución de responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC³⁴¹. Así lo señala la STS 17.3.2009 [RJ 2009\1990], la cual argumenta que es necesario que exista “un nexo entre dos personas caracterizado por la existencia, en una de ellas, de facultades de impartir órdenes e instrucciones a la otra”³⁴², para activar la responsabilidad por hecho ajeno.

Por ello, este apartado pretende dar solución a los problemas que plantean tanto el contrato de servicios como el de obra para, primeramente, ver si debe el arrendador, como principal, responder por los daños causados

³³⁸ SSTS 3.10.1997 [RJ 1997\7089] y 2.11.2001 [RJ 2001\9641].

³³⁹ SSTS 3.4.2006 [RJ 2006\1916], 26.9.2007 [RJ 2007\5350], 6.5.2009 [RJ 2009\2914], 14.5.2010 [RJ 2010\3494] y 1.6.2010 [RJ 2010\2659], entre otras.

³⁴⁰ Como sucede en relación con el mandato, señala Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 259, siguiendo a Díez-Picazo y a Gordillo Cañas, “el mandato no tiene, por sí sólo, fuerza suficiente para determinar la aplicación de la norma. La verdadera piedra de toque es siempre la misma: la dependencia. El mandante responde *ex art.* 1903.4 CC porque en el mandatario concurre la condición de dependiente. El hecho de que el mandante pueda dar instrucciones al mandatario no puede considerarse sin más como equivalente de un vínculo de dependencia o subordinación”.

³⁴¹ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13016.

³⁴² Entre otras, SSTS 2.11.2001 [RJ 2001\9641], 13.6.2003 [RJ 2003\4127] y 24.9.2009 [RJ 2009\7254].

por el prestador de servicios o arrendatario, y, seguidamente, ver si debe responder el comitente cuando contrate a un contratista para realizar unas obras y cause daños a tercero.

B) CONTRATO DE SERVICIOS

Un sector de la doctrina sostiene que el contrato de prestación de servicios no admite relación de dependencia, pues por definición, se trata de un contrato por el que una persona se obliga respecto de otra a prestar con independencia un servicio o una actividad, es decir, se obliga a la realización de un *facere*, mediante remuneración³⁴³. Aunque, por supuesto, la prestación personal no excluye la posibilidad de valerse de auxiliares o colaboradores pero, eso sí, bajo la directa supervisión y responsabilidad del arrendatario³⁴⁴. Por lo que no existirá dependencia siempre que el auxiliar no se encuentre obligado a seguir las directrices o instrucciones del principal puesto que, si así fuese, es clara la apreciación de la relación de dependencia determinante de la responsabilidad entre las dos partes y siempre, naturalmente, si se dan los otros presupuestos del art. 1903.IV CC³⁴⁵. En este sentido, puede afirmarse que si no media ninguna instrucción o actividad por parte de quien solicita la prestación del servicio, es decir, del arrendador hacia el prestador del mismo, se puede llegar a calificar a estos profesionales liberales como contratistas independientes. A efectos de su responsabilidad, la doctrina del contratista independiente afirma que, por regla general, el arrendador no responde por los daños que causan los contratistas independientes en el ejercicio de la actividad encomendada,

³⁴³ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 229.

³⁴⁴ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 165 y 166.

³⁴⁵ Mantienen este criterio, también, las SSTS 5.10.1995 [RJ 1995\7020] y 2.11.1999 [RJ 1999\7998], entre otras.

salvo que el primero se hubiera reservado la vigilancia o la participación en los trabajos, lo que en propiedad, comportaría que ya no se tratase de un contratista independiente, sino de un dependiente³⁴⁶.

Interesante es el caso que resuelve la reciente STS 20.4.2011 [RJ 2011\3596], sobre determinar si puede llegar a existir dependencia entre un médico y el titular de una clínica, para la que el primero presta servicios a la segunda, cuando media entre ambos un contrato de arrendamiento de servicios³⁴⁷. Aunque la sentencia se centra sobre todo en los derechos fundamentales y libertades públicas del médico y, no especialmente en la responsabilidad civil, el Alto Tribunal entra a esgrimir la figura de este contrato. Por lo que he creído interesante mostrar cómo concibe la relación de dependencia entre arrendador y arrendatario, para que nazca, si es de recibo, la responsabilidad civil por hecho ajeno cuando un tercero sufre un daño.

Para el Tribunal Supremo, se trata de una relación jurídica por la que un profesional desarrolla su labor en el centro que explota el titular demandado, a cambio de una participación en el precio que abonan los clientes propios que acuden a la clínica, por lo que dicha relación reviste las características de un arrendamiento de servicios previsto en el artículo 1544 CC. Es claro que la relación de arrendamiento de servicios no se caracteriza por implicar subordinación o sometimiento de una de las partes a la otra. Todo lo contrario, el médico ejerce su profesión libremente, relacionándose con sus propios clientes y con plena libertad del ejercicio de su profesión. Pero, aunque no se trate de una relación equiparable o similar a una relación

³⁴⁶ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 13016 y ss. Para un estudio exhaustivo vide *infra* II.3.

³⁴⁷ El caso versa sobre la discriminación por razón de sexo que sufre un médico embarazada respecto la contratación por la Clínica de un nuevo médico, hombre, a los pocos días del embarazo de la recurrente y con la idea preconcebida de que permaneciera no temporalmente en sustitución de la misma, sino indefinidamente. Entre la Clínica y el médico existía una relación de arrendamiento de servicios.

laboral propiamente dicha, al tener la obligación de compartir parte de sus ganancias con la Clínica por el mero hecho de utilizarla para desarrollar su actividad, es clara la difusa barrera que existe, en este caso, entre la relación laboral y la relación de arrendamiento de servicios. En el presente caso, el titular de la clínica da ocupación a otros médicos poniendo *a su disposición su establecimiento, su clínica, y sus medios técnicos, materiales y personales, etc.* (énfasis añadido), lo que genera una vinculación con los contratados. Por lo que entiende el Alto Tribunal, del todo acertado a mi parecer, que la relación existente entre la Clínica y el médico, si bien es un contrato de arrendamiento de servicios, puede llevar implícita o encubierta una relación jurídica de naturaleza laboral, puesto que la relación entre ambas partes no es igualitaria, ya que el arrendador es el propietario de las instalaciones y, además, decide quien trabaja en ellas. Por lo que es obvio que existe, en definitiva, una relación de subordinación y dependencia entre ambos. Por tanto, si estos profesionales causan un daño a tercero, es claro que existe una relación de dependencia entre ambas partes, pudiendo la víctima accionar también contra el titular de la Clínica. Así sucede, por ejemplo, cuando el facultativo presta sus servicios *utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición* (énfasis añadido)³⁴⁸.

³⁴⁸ En efecto, esto es lo que sucede en la STS 4.11.2010 [RJ 2010\7988], en atención a determinar la responsabilidad, en este caso, de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, del personal sanitario o de los centros médicos. En el caso enjuiciado, ha de entenderse que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada, Sanitas S.A., y la Clínica “el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente”. Asimismo, “el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, que se produce por medio de un contrato de arrendamientos de servicios, estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, en caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo”. Por consiguiente, existe relación de dependencia entre las entidades aseguradoras y los prestadores de servicios sanitarios, siempre que esa dependencia se pruebe.

En efecto, para el Alto Tribunal, existe una relación de dependencia siempre que la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica sea de naturaleza laboral y, también, en los supuestos en que la misma sea la propia de un arrendamiento de servicios. No obstante, en este último caso, no es suficiente para el Tribunal Supremo el hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sino que, si se contempla algún elemento adicional, como por ejemplo el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora, o poner a disposición de estos profesionales el establecimiento, los medios técnicos, materiales y personales, hará responder a la entidad aseguradora por el daño causado por el prestador sanitario.

En definitiva, la cuestión, como se ve, no es baladí. Lo realmente importante es la determinación de la existencia de dependencia para poder atribuir la responsabilidad civil al principal en el caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente de los profesionales liberales. En estos casos, el Alto Tribunal, para declarar la responsabilidad civil del arrendador cuando el arrendatario causa daños, busca los ítems que permitan asimilar el contrato de arrendamiento de servicios a una relación laboral, porque al dar por supuesto que esa “dependencia” o “subordinación” se da cuando existe la misma, le es más fácil, en aras a beneficiar a la víctima, poder establecer la dependencia para que responda éste por el artículo 1903.IV CC. Pero, para decretarla, es necesaria la reserva de la vigilancia o la participación en los trabajos, ya poniendo los medios técnicos, materiales y personales, ya poniendo el establecimiento o lugar de trabajo a disposición de estos profesionales, lo que en propiedad comporta, que ya no se trate de un contratista independiente, sino de un dependiente.

C) *CONTRATO DE OBRA*

La regulación jurídico privada del contrato de obra que se remonta en su versión española al Proyecto de 1851³⁴⁹ tiene sus raíces en el Derecho común y en el Derecho romano, cuya *locatio operis* es heredada por los códigos modernos³⁵⁰. Así mismo, es innegable que el contrato de obra es uno de los más importantes, doctrinal y jurisprudencialmente, entre los contratos civiles regulados por el derecho civil moderno. Su definición legal se encuentra en las disposiciones generales del Código sobre arrendamientos, en concreto, en el artículo 1544:

“[E]n el arrendamiento de obra una de las partes se obliga a ejecutar una obra (a la otra) por precio cierto”.

En efecto, su gran aplicación práctica a consecuencia del gran auge habido en el ámbito de la construcción, el contrato de obra es el supuesto tal vez más problemático para determinar la relación entre el contratista y comitente, dueño o propietario de la obra. El contrato de obra es distinto de otros contratos, pues el contratista es independiente del comitente, en sentido tanto económico y técnico como jurídico. En efecto, el contrato de obra se basa en la autonomía del contratista en su organización y medios y en la asunción de sus propios riesgos³⁵¹. Por lo que este contrato, *a priori*, no engendra relación de dependencia, que es la esencia y fundamento del art. 1903.IV CC.

³⁴⁹ Según el artículo 1529 del Proyecto de García Goyena, “puede contratarse la ejecución de una obra, conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también provea el material”.

³⁵⁰ José Miguel Rodríguez Tapia, “Semejanzas y diferencias entre el contrato civil y el contrato administrativo de obra”, en Ana Cañizares Laso (Dir.), *Estudios sobre Derecho de la edificación*, Cizur Menor, Thomson Reuters — Civitas, 2010, pp. 317 y 318.

³⁵¹ Purificación Cremades García, “La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes”, BIB 2011\608, Pamplona, Aranzadi Social, vol.4, núm. 2 (Mayo), 2011, p. 164 y ss.

Según la doctrina dominante, en términos generales, hay que rechazar la responsabilidad del comitente por los daños que causen o sufran los empleados del contratista al gozar éste de plena libertad en su actuación técnica. Es lo que se conoce como contratista independiente. Así, por regla general, cuando el comitente delegue la ejecución de la obra a un contratista independiente que cause un daño a terceros, el comitente no responderá por no haber entre ellos una relación de dependencia al trabajar, el contratista, a cuenta y por su riesgo³⁵². Y lo mismo pasa cuando el comitente es una empresa que contrata la realización de la obra a otra empresa especializada. Es decir, cuando la contratista es una persona lega en la materia y subcontrata la obra, se le aplica el mismo trato que al propietario, de forma que se exime a la primera de culpa, pues no puede reservarse ninguna facultad de dirección dado que su experiencia es ajena al objeto del contrato, por lo que los conocimientos de la subcontratada substituyen a los del contratista. Y viceversa, cuando la contratista es una experta en la materia se presume que hay reserva de facultades de vigilancia, inspección o control³⁵³.

Mientras que el Tribunal Supremo señala, que la independencia jurídica en cuanto tal no es relevante, sino que es necesario atender a la dependencia desde el punto de vista de la *dirección, participación y supervisión* de los trabajos realizados por el contratista. Es decir, se “exonera al dueño de la obra por no ser aplicable el art. 1903 CC a la relación comitente-contratista «salvo que aquél se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos de éste»”³⁵⁴.

³⁵² Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 269 y 270.

³⁵³ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., p. 226.

³⁵⁴ Entre otras, SSTS 29.9.2000 [RJ 2000\7534], 12.3.2001 [RJ 2001\3976], 30.3.2001 [RJ 2001\4775], 16.5.2003 [RJ 2003\4756], 17.7.2003 [RJ 2003\6575], 1.4.2004 [RJ 2004\1612], 13.5.2005 [RJ 2005\3996] y 6.3.2006 [RJ 2006\1054].

Efectivamente, el Tribunal Supremo suele entender que existe relación de dependencia y aplica el art. 1903.IV CC siempre que el comitente mantenga el derecho de dar órdenes o instrucciones, o de supervisar y controlar el cumplimiento de la obra³⁵⁵, es decir, siempre que el comitente se haya reservado la vigilancia, dirección, inspección o participación en los trabajos o parte de ellos del contratista o subcontratista³⁵⁶. Además, la jurisprudencia señala que la dependencia no ha de basarse necesariamente en una relación de naturaleza jurídico-laboral sino que “puede derivarse de otros vínculos jurídicos cuales son los de arrendamientos de obras y servicios y de bienes, o el contrato de mandato, entre otros, siempre que el auxiliar se encuentre obligado a seguir las directrices o instrucciones del principal, puesto que ésta es la auténtica «piedra de toque» que permite apreciar la relación de dependencia determinante de la responsabilidad”, naturalmente si se dan los otros presupuestos³⁵⁷.

La cuestión, como se ve no es trivial, por lo que la determinación o no de la existencia de dependencia, dependerá de cada caso a tratar. Interesante

³⁵⁵ SSTS 15.7.2000 [RJ 2000\6885], 2.11.2001 [RJ 2001\9641], 27.5.2002 [RJ 2002\7137], 16.5.2003 [RJ 2003\4756], 17.7.2003 [RJ 2003\6575] y 6.3.2006 [RJ 2006\1054].

³⁵⁶ José M^a Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 36, núm. 4, 1983/III, p. 1503 y Bercovitz Rodríguez, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2160, el cual cita las SSTS 12.3.2001 [2001\3976] y 25.1.2007 [RJ 2007\1700].

³⁵⁷ SSTS 2.11.2001 [RJ 2001\9641] y 13.6.2003 [RJ 2003\4127]. Doctrinalmente, Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059. Véase también Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 259; Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 510; Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 157 y ver también nota 104.

es el caso que resuelve la STS 13.5.2005 [RJ 2005\3996]³⁵⁸, que demuestra cuán determinante es la existencia de la dependencia para poder apreciar la responsabilidad del comitente. En esta sentencia, en concreto, puede verse como el Alto Tribunal esgrime todos los hechos acaecidos al caso para declarar la no existencia de la relación de dependencia ni del comitente, una Comunidad de Propietarios, ni del principal, la contratista, con el auxiliar y víctima causante del daño, porque entiende que éste es un contratista independiente. Para el Tribunal Supremo, “no puede imputarse culpa alguna a la comunidad de propietarios, dueña de la obra, que al margen de sus relaciones administrativas, *no puede razonablemente admitirse su intervención en su realización* (énfasis añadido), a cargo del contratista (sin que se haya podido probar «culpa in eligendo» o «culpa in vigilando» a su cargo). Y la relación del contratista con la entidad comunitaria del subcontratista fallecido, *se reconoce como de arrendamiento de servicios y en régimen de autonomía en la realización de las obras* (énfasis añadido), lo que descarta la culpabilidad de aquélla. (...) La responsabilidad tipificada en el párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada, sin olvidar que cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma”.

En primer lugar, se está ante un caso en que falta uno de los presupuestos esenciales del precepto, la relación de subordinación o de dependencia entre el comitente, la Comunidad de propietarios, y el trabajador autónomo fallecido porque no había, por parte de la primera, ninguna reserva en la dirección, control, intervención o vigilancia de la

³⁵⁸ El caso a dilucidar trata sobre un trabajador autónomo que había sido subcontratado por la contratista principal, y que fallece por caerse del andamio en el curso de su desmontaje, el cual no cumplía con ninguna de las medidas de seguridad exigibles. El fallecido en el momento de caerse no llevaba casco de protección ni cinturón de seguridad porque no estaban disponibles en la obra, no existía red de defensa para caídas, y ni siquiera se había confeccionado el preceptivo proyecto de seguridad del andamio debidamente visado por el Colegio Oficial correspondiente.

actividad desplegada por el fallecido. Cuando la Comunidad encarga las obras a un personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la «lex artis» y para la realización de unas determinadas operaciones, es claro que la misma se desentiende de como se llevan a cabo dichas obras, por lo que no se aprecia ninguna relación de dependencia entre ambas partes y, por consiguiente, tampoco nace su responsabilidad civil. En segundo lugar, la relación entre la contratista principal y el fallecido subcontratado por ésta es la de un contrato de arrendamiento de servicios y, al igual que sucede con la comitente, al no reservarse la contratista principal la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por el fallecido, al contrario, la víctima actuaba con plena autonomía, ha de entenderse su actuación como la de un contratista independiente y, por consiguiente, no cabe tampoco apreciar responsabilidad civil en la contratista principal.

En sentido contrario, la STS 16.1.2003 [RJ 2003\6], trata la responsabilidad civil de la empresa de un capataz por las lesiones que sufrió éste en una obra, al ser atropellado por el maquinista de una retroexcavadora subcontratada, por no llevar puestos los espejos retrovisores desmontables. El Tribunal Supremo declara la responsabilidad civil de la contratista principal por entender que existe dependencia directa con el trabajador imprudente que trabajaba para la empresa subcontratada propietaria de la máquina. El argumento que utiliza el Tribunal Supremo es que tanto la máquina como su conductor están incluidos en el ámbito del contrato de arrendamiento de servicios y, por consiguiente, dentro de la realización de la obra llevada a cabo por la contratista, bajo su dirección y responsabilidad, porque “no hay duda que se da la subordinación del maquinista exigida en el art. 1903 del Código Civil, para llevar a efecto la indemnización que se reclama”.

En el presente caso, el Tribunal Supremo declara que existe dependencia entre la contratista principal y la empresa subcontratada, pese a la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios entre ambas,

porque entiende que la empresa subcontratada forma parte del ámbito de la organización empresarial de la principal, por lo que la independencia desaparece. Por consiguiente, deberá responder por hecho ajeno la empresa contratista ante la víctima. Refuerza la teoría de la jurisprudencia española, la doctrina científica³⁵⁹, cuando quien debe responder es la contratista. La misma lo fundamenta en los artículos 1596 del CC y 17.6 de la LOE³⁶⁰ referentes a la responsabilidad del contratista por hechos ajenos, los cuales disponen que el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra, por lo que éstos preceptos comprenden a cuantas personas ocupe el contratista en la obra, no sólo por relaciones laborales. Así mismo, la jurisprudencia española tampoco excluye a los subcontratistas³⁶¹.

En ambos casos, es claro que lo imprescindible es la existencia del criterio de la dependencia. Este criterio permite afirmar que, cuando el comitente es un individuo, en general no responde porque se entiende que, de un lado, se está ante una persona lega en la materia y, de otro, porque contrata a profesionales legalmente habilitados³⁶². No obstante, cuando es un empresario y el daño se causa en el marco de su actividad, normalmente responderá civilmente pero no siempre porque, aun y tratarse de una empresa, no significa necesariamente que sea especialista en la materia al igual que sucede con la persona individual. Aunque existe la posibilidad de responder por hecho ajeno en ambos supuestos, desde el punto de vista de la reserva expresa o tácita de la dirección, participación o supervisión de los trabajos realizados por el contratista.

³⁵⁹ Ángel Carrasco Perera / Encarna Cordero Lobato / M^a del Carmen González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7^a Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters — Aranzadi, 2012, p. 470.

³⁶⁰ Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación [BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1999].

³⁶¹ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 146. Jurisprudencialmente, STS 4.6.2002 [RJ 2002\7574].

³⁶² SSTs 18.3.2000 [RJ 2000\2018] y 22.7.2003 [RJ 2003\5852], entre otras.

No obstante lo anterior, esta regla general se rompe y se condena al dueño de la obra a reparar los daños causados por los dependientes del contratista en edificios próximos³⁶³. En estos casos, se declara la responsabilidad civil del propietario en base al artículo 1902 CC, cuando se producen los perjuicios y sin que por parte de éste se adopte medida alguna al respecto³⁶⁴.

Un buen ejemplo jurisprudencial se contempla en la STS 17.9.2008 [RJ 2008\5881]³⁶⁵, donde se declara la responsabilidad civil del propietario de las obras y de su compañía de seguros por los daños causados en la finca colindante por parte de los diferentes agentes de la construcción. Con todo, es importante mencionar que, a mi entender, en esta sentencia, el Tribunal Supremo no acierta a la hora de aplicar el precepto correcto de responsabilidad civil, ya que basa su condena en el artículo 1903.IV CC y no en el artículo 1902 del mismo Código, siendo preciso, para que dicho

³⁶³ Una información más detallada del caso puede verse en el apartado 3.3 de este mismo capítulo.

³⁶⁴ Para más información, véase Fernando Peña López, “Los daños a los inmuebles próximos al edificio en construcción. Problemas derivados de la imputación subjetiva de la responsabilidad a los agentes de la edificación”, BIB 2005\68, Pamplona, *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2004, pp. 2401 y 2402.

³⁶⁵ El caso versa sobre un particular, el comitente, que contrata a un contratista para la ejecución de unas obras en su vivienda. En ejecución de este trabajo, el operario subcontratado por el contratista para la realización de las obras, realizó una soldadura en una ventana, e hizo caer partículas incandescentes al patio, causando un incendio en el local y almacén de al lado. La propietaria reclamó una indemnización al comitente y a su aseguradora, a la contratista y a los operarios causantes del daño. La aseguradora opuso que todos los sujetos demandados no tenían ninguna relación contractual con ella y que el propietario suscribió la póliza de seguro de “Protección Hogar” que incluía como cobertura la responsabilidad civil, pero que en su art. 1 A-IV de las condiciones generales, establecía que no se consideraban como terceros “las personas que se hallen dirigiendo o realizando trabajos de reparación o decoración en la propiedad de los bienes cubiertos por esta póliza”. Además, en el epígrafe de “exclusiones” del artículo, quedaban excluidas de la garantía las lesiones y daños materiales “basadas en obligaciones contractuales aceptadas por el asegurado, así como las reclamaciones que se deriven de trabajos de construcción, reparación o transformación del edificio que precisen autorización legal y/o administrativa y de los cuales es responsable el asegurado”. Por lo tanto, la póliza de seguros no cubría el siniestro acaecido.

artículo sea de aplicación, la existencia de una relación de jerarquía o dependencia entre el ejecutor causante del daño y el comitente. El Alto Tribunal entiende que existe esta dependencia entre ambas partes, porque “[P]ara que el dueño de la obra no responda de los actos realizados por terceros en la ejecución de aquella, además de no estar unidos por una relación de jerarquía o dependencia, ha de haber elegido diligentemente a los profesionales encargados de dicha ejecución, de suerte que, de haber encargado la realización de las labores a personas no cualificadas, incurre en una responsabilidad directa «ex» art. 1903 CC por “culpa in eligendo””. En este sentido, la reciente STS 25.1.2007 [RJ 2007\1700], en un supuesto similar, establece que “es asimismo jurisprudencia de esta Sala la que señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual a la empresa comitente en aquellos supuestos en los cuales se demuestre la existencia de culpa en la elección, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, caso en el que podrá apreciarse la existencia de responsabilidad–, *que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista (énfasis añadido)*”³⁶⁶.

Efectivamente, que debe de responder la aseguradora no hay duda, ya que entre el comitente y ésta se suscribió una póliza de responsabilidad civil. Ahora bien, aunque el Tribunal empieza a argumentar correctamente la doctrina del artículo 1902 CC para hacer responder al comitente, al final acaba aplicando mal el precepto de responsabilidad civil. Éste no puede aplicar el artículo 1903.IV CC porque es obvio que entre la aseguradora y quien causó el daño no hay relación de dependencia y, por lo tanto, no puede darse el mismo. Sí es cierto, que el comitente puede responder

³⁶⁶ En el mismo sentido, SSTs 18.7.2005 [RJ 2005\9251], 3.4.2006 [RJ 2006\1871] y 7.12.2006 [RJ 2007\377].

civilmente, y lo puede hacer por dos vías distintas. La primera de ellas es a través del citado artículo 1903.IV CC cuando exista un contrato de obra y siempre que se haya reservado la inspección, dirección, vigilancia o instrucciones sobre las obras, que no es el caso que analizamos. O bien, por el artículo 1902 CC siempre y cuando haya una culpa *in eligendo* por mala elección del contratista independiente. Y es esta la conclusión a la que tendría que haber llegado el Tribunal Supremo. El comitente y, por consiguiente la aseguradora en el caso a analizar, debían responder civilmente por el artículo 1902 CC por haber seleccionado a un profesional no cualificado para llevar a cabo dichas obras³⁶⁷, pero nunca debía responder por el artículo 1903.IV CC al no existir una relación jerárquica entre él y el auxiliar que causó el daño, que reitero es la piedra de toque para que exista responsabilidad civil del comitente.

a) *La subcontratación*

Otra problemática que presenta el contrato de obra se refiere al tema de la subcontratación. Precisamente, la organización de las empresas actuales ha invertido el modo de entender las empresas del que partía originariamente nuestro Código Civil. En las empresas artesanales eran los dependientes los que aprendían la técnica de su patrono, mientras que hoy es normal que el empresario contrate a personal especializado para realizar la actividad empresarial. La contratación puede llevarse a cabo, no sólo con una persona física, sino también con otra empresa que posea la

³⁶⁷ No se puede perder de vista que el comitente debe de asegurarse de contratar con un buen profesional, pero no es más cierto que no siempre se tienen los instrumentos necesarios para saber si dicho contratista está al corriente de sus deberes empresariales y si es verdaderamente un buen profesional, ya que normalmente, se contrata a profesionales que alguien te ha recomendado. Pero lo cierto es que la jurisprudencia española sostiene al comitente responsable por el artículo 1902 CC de los daños causados a terceros por la ausencia de las más elementales medidas de seguridad, con independencia de que, en aquel momento, las mismas no le incumbieran a él sino al contratista. Por todo ver, Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 470.

especialización necesaria para realizar la actividad encomendada por el principal. Pero, como el subcontrato crea una nueva relación negocial, en la que el contratista tiene la consideración de comitente con respecto al subcontratista³⁶⁸, se plantea el problema de quién debe responder cuando el comitente subcontrata a otra empresa para la ejecución material de los trabajos o parte de ellos y causa daños a terceros.

Al igual que sucede con el comitente-propietario, la clave para la doctrina mayoritaria de nuestro Alto Tribunal es que la responsabilidad del comitente-contratista existe cuando hay reserva expresa de facultades de dirección, inspección o vigilancia³⁶⁹. Por lo que, generalmente, se exonera al contratista de toda responsabilidad civil respecto de los actos realizados por los dependientes de la empresa subcontratista cuando esta reserva no existe, por faltar, precisamente, el requisito de la dependencia³⁷⁰. Así, lo señala también la comentada STS 13.5.2005 [RJ 2005\3996], a *sensu contrario* pero con toda razón, que la regla general es no admitir la responsabilidad respecto de la subcontratista y técnicos o profesionales de la construcción, cuando no haya reserva expresa de facultades de dirección, inspección o supervisión por parte de la contratista³⁷¹.

³⁶⁸ Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, *ídem*, p. 316.

³⁶⁹ Entre otras, STS 17.9.2008 [RJ 2008\5881].

³⁷⁰ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 238 y ss.

³⁷¹ En los mismos términos, por ejemplo, la STS 27.5.2002 [RJ 2002\7137], cuando declara que la responsabilidad de la contratista por los daños causados por los dependientes de la empresa subcontratada, existe porque “la responsabilidad por hecho ajeno puede ampliarse a supuestos no específicamente previstos en el artículo 1903, y en las relaciones habidas entre empresas como las habidas en este caso, sólo exige que aquella que haya encargado a otra la realización de determinados trabajos mantenga alguna vigilancia o injerencia en el desarrollo de éstas”. Véanse también, SSTS 16.5.2003 [RJ 2003\4756], 17.7.2003 [RJ 2003\6575] y 29.4.2004 [RJ 2004\2092].

Tal y como señala acertadamente Sierra Pérez³⁷² “no aparece en estos supuestos la subordinación como un poder de dar órdenes e instrucciones, al menos en el sentido en que antes se entendían, (...) pero, sin duda, un cierto poder de vigilancia que el titular tendrá sobre quienes son llamados e introducidos por él en su actividad empresarial pondrán de manifiesto una relación de dependencia”. De la misma opinión es Vicente Tovar³⁷³, cuando señala que en los “contratos entre empresas no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar la norma a no ser que una de ellas (la contratista) se hubiera reservado participación en los trabajos o parte de ellos, reservándose la facultad de dirección, inspección o vigilancia de la obra subcontratada. En definitiva, que la comitente ostente cierto control sobre lo subcontratado o, dicho de otro modo, sólo de persistir una relación más o menos extensa o intensa de dependencia persiste a la par el deber de vigilancia y control”.

La reserva en la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos es posible por el principio de libertad de pactos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1255 CC, consintiendo a ello ambas empresas de mutuo acuerdo³⁷⁴. De ahí, que deba responder también la contratista de los daños causados por la falta de diligencia de la subcontratada al existir una relación de subordinación entre ésta y la principal. Por el contrario, cuando ninguna facultad de dirección o inspección se haya reservado la contratista principal sobre los trabajos de la subcontratada, sólo responderá frente a terceros la empresa subcontratada,

³⁷² Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 152.

³⁷³ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., p. 173.

³⁷⁴ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, ídem, pp.173 a 176.

única que incurrió en imprudencia al ejecutar su trabajo. De igual modo lo entiende la STS de 12.3.2001 [RJ 2001\3976], cuando el Alto Tribunal condena sólo a la subcontratista por considerar probado que ésta ejecutó las obras con absoluta independencia de la comitente, con medios técnicos propios y que ésta a su vez, no se reservó facultad alguna de vigilancia o dirección³⁷⁵. Es más, según esta sentencia, “cuando existe pacto por el cual el contratista asume su responsabilidad civil, dicho acuerdo lo configura como entidad independiente, quedando exonerado de responsabilidad el comitente”. Sigue argumentando el Alto Tribunal que “normalmente, la jurisprudencia (...) entiende que resulta excluida la relación de dependencia, y con ello la responsabilidad por hecho de otro, cuando en el contrato celebrado entre el comitente y el contratista se contiene una cláusula en virtud de la cual este último se hace cargo de la responsabilidad que puede dimanar de la causación del evento dañoso”.

El Tribunal supremo viene a decir que, en principio, cuando en el contrato de obra hay una cláusula en la que la empresa subcontratada se hace cargo en exclusiva de la responsabilidad civil, es a ésta a quien le compete indemnizar a la víctima y no a la contratista principal. Y si quien se reserva la instrucción, dirección o vigilancia de las obras es la contratista, ésta de manera solidaria también responderá ante la víctima. La razón estriba en que sólo debe entenderse inexistente la relación de dependencia cuando el contratista es una empresa autónoma en su organización y medios y asume de manera exclusiva sus propios riesgos³⁷⁶. Ahora bien, no se puede obviar una gran cantidad de sentencias del Tribunal Supremo³⁷⁷ en las que, todo y constar una cláusula de exclusión o exención de la responsabilidad, se entiende que la misma no es por sí suficiente para eliminar la relación de

³⁷⁵ Son de la misma opinión las SSTS 14.10.2004 [RJ 2004\5902], 13.12.2004 [RJ 2004\7878] y 18.7.2005 [RJ 2005\9251], entre otras. Si hay reserva expresa por parte del comitente responde *ex art.* 1903.IV CC, SSTS 30.3.2007 [RJ 2007\1613] y 10.9.2007 [RJ 2007\4979], entre otras.

³⁷⁶ SSTS 13.5.2005 [RJ 2005\3996] y 18.7.2005 [RJ 2005\9251].

³⁷⁷ SSTS 3.4.2006 [RJ 2006\1871], 25.1.2007 [RJ 2007\1700], 10.9.2007 [RJ 2007\4979] y 11.6.2008 [RJ 2008\3563].

dependencia determinante de la responsabilidad por hecho de otro, en los casos en los cuales la prueba practicada es suficiente para demostrar que, independientemente de lo pactado, dicha relación de dependencia ha existido *de facto* por haberse reservado el dueño de la obra funciones de suficiente relevancia de vigilancia o participación en los trabajos, especialmente si tienen relación con la adopción y cumplimiento de las medidas de seguridad.

Esta necesaria delimitación de la existencia de dependencia por parte del Tribunal, viene dada por la frecuente utilización en el mundo de la construcción de la existencia de cláusulas de exclusión de la responsabilidad de la contratista en el contrato que la liga con la subcontratista por los daños que ésta causa a terceros. Pero para que esta tenga operatividad es necesario que la contratista pruebe que no hay reserva de facultades directivas y de control de la obra para no responder. No obstante, en estos casos, tal y como establece el art. 1257 del CC, las cláusulas de exclusión de responsabilidad sólo operan internamente entre las partes, siendo ineficaces frente al tercero perjudicado. Por consiguiente, responderán ambas empresas de manera solidaria sin perjuicio de la acción de repetición que ostentará en este caso la contratista para reclamar frente a la subcontratista³⁷⁸.

La regla general del derecho contractual, admitida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, es la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual. Por lo que se permite un pacto entre las partes de exención o limitación de la responsabilidad contractual mediante una cláusula incluida en el contrato de obra. En primer lugar, porque el artículo 6.2 CC permite a los particulares, dentro de los límites que señala, excluir la eficacia de las normas dispositivas aplicables a sus

³⁷⁸ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., p. 191.

relaciones jurídicas. Y, además, porque el artículo 1255 CC permite a los contratantes,

“establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Como expresión del principio de autonomía privada, esta norma faculta a las partes de una relación contractual a autorregular sus intereses como mejor estimen, sujetándose a los límites expresados³⁷⁹. El presupuesto de este planteamiento es que las reglas de responsabilidad contractual son esencialmente normas dispositivas, es decir, que las partes en ejercicio de su libertad contractual pueden excluir su eficacia total o parcialmente. Así mismo, la regla general de la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad del deudor alcanza también a la exoneración, total o parcial, de la responsabilidad derivada de la actuación de los auxiliares que el deudor emplea para dar cumplimiento al contrato. La razón estriba en que el cumplimiento indirecto no podría ser más gravoso de lo que podría ser el cumplimiento personal³⁸⁰.

Por lo que el alcance de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad del deudor admitidas por la ley, está en todo caso constreñido por la aplicación de los límites generales que señalan los propios artículos 1255 y 6.2 ambos del Código Civil. Por consiguiente, las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil sólo serán válidas si no contravienen las disposiciones legales imperativas, la moral o el orden público.

³⁷⁹ Natalia Álvarez Lata, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998, p. 10.

³⁸⁰ Álvarez Lata, *idem*, p. 90.

Admitidas la validez de estas cláusulas limitativas o exclusivas de responsabilidad contractual comúnmente utilizadas en los contratos de obra, otra cuestión que se presenta es si es admisible, como regla general, la posibilidad de convenir la exención o limitación de la responsabilidad extracontractual. La respuesta, al igual como ya se ha puesto de manifiesto con ocasión de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, es que las cláusulas referentes a una hipotética responsabilidad civil extracontractual, también estarían sujetas a los límites generales de no contravención del derecho imperativo, la moral o el orden público³⁸¹.

Por lo que ahora cabe preguntarse, si estas cláusulas de exclusión de la responsabilidad también tienen efecto frente a terceros. El principio de la limitación de la eficacia del contrato en la órbita de las partes que lo han pactado y la consiguiente falta de eficacia frente a los terceros, se encuentra consagrado en nuestro Derecho positivo en el art. 1257 CC, según el cual:

“los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos”.

Resulta claro que dicha reglamentación ha de afectar, en línea de principio, tan sólo a la esfera jurídica de sus partes, porque sólo respecto de ellas la autonomía existe. De aquí que todo contrato limite su eficacia a la esfera de las partes que lo han celebrado y que el mismo sea inoponible frente terceros³⁸². Sin embargo, el contrato de obra no presupone, en principio, una relación de dependencia a los efectos del art. 1903.IV CC, por lo que la contratista no debe de responder ante la víctima que ha sufrido el daño del agente subcontratado.

³⁸¹ Miquel Martín-Casals / Jordi Ribot Igualada / Josep Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos Seaida 4, Madrid, SEAIDA, 2006, p. 91 y ss.

³⁸² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Vol. I., Introducción a la teoría del contrato*, Civitas, 6ª Ed., 2007 (reimpresión 2011), pp. 521 y ss.

Efectivamente, responderá la empresa contratista cuando cause un daño la subcontratista y cuando medie entre ambas una relación de dependencia de derecho o *de facto* y, si la misma existe, no hay duda de que existe una relación jurídica o de hecho entre ellas. Por lo que, aunque se permita el pacto entre las partes de la exención de responsabilidad civil mediante una cláusula de exención de responsabilidad, es claro que la misma operará internamente entre ambas partes pero no frente a terceros perjudicados. En consecuencia, para que opere la responsabilidad civil de la contratista, no sólo se requerirá que de manera expresa o de hecho se reserve las facultades de control o fiscalización, sino que además, a las cláusulas contractuales ha de darse una interpretación extensiva y, así, junto a determinadas cláusulas referentes a controles sobre el cumplimiento del contrato entre las partes, se han de entender incluidas las que comprenden facultades de vigilancia sobre la obra propiamente dicha o de supervisión para la correcta ejecución del trabajo encomendado³⁸³.

En definitiva, el pacto de exoneración de responsabilidad civil creado en el contrato de obra, sólo puede operar entre ellas y nunca frente a terceros ajenos al mismo³⁸⁴. Por lo que, aunque exista y sea válida la cláusula de exclusión de responsabilidad civil pactada entre la contratista y la empresa subcontratada, sólo que la primera, aunque no haya causado el daño, actúe de hecho vigilando, dirigiendo o participando en las obras, es claro que hay

³⁸³ Es el caso de la STS 10.9.2007 [RJ 2007\4979], donde el contratista y la subcontratista habían pactado una cláusula de exclusión de responsabilidad civil, en la que la segunda asumía toda la culpa frente a terceros. Como el contratista se había reservado de hecho facultades de control de las normas de seguridad, el Alto Tribunal, aplicando la doctrina de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual expuesta, condena solidariamente a ambas empresas.

³⁸⁴ Así lo pone de manifiesto la STS 3.4.2006 [RJ 2006\1871], cuando argumenta que “[L]a responsabilidad por hecho de otro, en efecto, deriva de la existencia de una relación material de dependencia entre el dueño de la obra y el contratista según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903 CC, y ésta no puede ser enervada por la existencia de un pacto en contrario entre los responsables, que no puede producir efectos en perjuicio de terceros ajenos al ámbito contractual en virtud del principio de relatividad del contrato”. La misma doctrina establecen las SSTS 25.1.2007 [RJ 2007\1700], 10.9.2007 [RJ 2007\4979] y 11.6.2008 [RJ 2008\3563].

dependencia entre ambas empresas, lo que provoca que la contratista también responda civilmente de manera solidaria con la empresa subcontratada. Así mismo, la validez de la cláusula pactada entre ambas partes, permitirá a la contratista poder ejercer la acción de repetición sobre la indemnización que haya pagado a la víctima contra la subcontratista por asumir ésta toda la responsabilidad civil.

A su vez, es interesante como la STS 30.3.2007 [RJ 2007\1613]³⁸⁵, demuestra que la jurisprudencia no es minuciosa a la hora de distinguir, en qué medida, la actuación de la empresa subcontratista está sometida a las instrucciones y posible intervención del principal, por lo que aunque sólo exista la mínima instrucción o intervención de ésta, el Tribunal la hace responder por aplicación del requisito amplio de dependencia³⁸⁶. Así lo ejemplifica la STS 1.10.2008 [RJ 2009\134], en la que el Alto Tribunal hace responder a la contratista, porque “la promotora ejercía de hecho la dirección de la obra, por lo que existía una clara relación de dependencia entre una y otra entidad, en la medida en que la responsabilidad que se atribuye a la recurrente, en concurrencia causal con otras conductas negligentes, deriva de la situación de dominio o control prevalente en la ejecución de las obras por parte de su asegurada”. Por lo que, es claro que la empresa subcontratada se convierte en dependiente, aunque no medie relación laboral directa entre el operario causante del daño y la empresa contratista, porque no actúa con carácter autónomo, sino sometida a la vigilancia, dirección o intervención en su actividad por parte de la empresa

³⁸⁵ En el caso se decreta la responsabilidad civil de una empresa suministradora de gas como comitente, por la intoxicación sufrida por un usuario debido a la inhalación del producto, como consecuencia de la defectuosa instalación efectuada por la empresa elegida por la suministradora.

³⁸⁶ El concepto de dependencia, como señala la STS 3.4.2006 [RJ 2006\1871], “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento del control, vigilancia y dirección de las labores encargadas. No se considera, pues, contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica, a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del demandado o se encuentra incardinado en su organización”.

promotora, caso en el que concurrirá culpa *in vigilando* si se omiten las debidas medidas de seguridad y, como consecuencia de ello, en virtud de la concurrencia de un nexo causal entre ambos elementos, se produce el resultado dañoso.

b) *Responsabilidad por el mero hecho de introducir al subcontratista en la actividad propia*

Frente a esta doctrina mayoritaria, en la que responde el contratista cuando se reserva las facultades de inspección o de dirección sobre los trabajos del subcontratista, está la doctrina minoritaria, la cual hace responder siempre a la empresa contratista, bien por culpa *in eligendo* bien por culpa *in vigilando*, por el simple hecho de contratar a la empresa que ha causado el daño. En las sentencias de las Audiencias que esgrime el Magistrado Tovar en su trabajo para explicar esta teoría³⁸⁷, hay un denominador común, y es que en ninguna de ellas se da la relación de dependencia entre la contratista y la subcontratada. Por ello, no es de recibo que se aplique el art. 1903.IV del CC, ya que la subordinación es un presupuesto indispensable para poder aplicar la responsabilidad por hecho ajeno. Parece que el error que cometen las Audiencias es la de asimilar la subcontratación a la existencia de relación de dependencia aun cuando no haya reserva de facultades directivas (dependencia funcional) y sólo haya entre las partes la existencia de una contraprestación (dependencia económica). Si es así, es claro que nos encontramos ante dos empresas independientes entre ellas, por lo que no puede aplicarse la responsabilidad del art. 1903.IV CC a la contratista.

³⁸⁷ Ver Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., pp. 176 a 179.

Esta línea minoritaria, y para mi errónea, también se encuentra en nuestra doctrina³⁸⁸. Ante casos de subcontratación entre empresas, se argumenta que aunque la contratista no se haya reservado ninguna facultad de dirección ni vigilancia sobre la subcontratada, ésta responde igualmente. El motivo es que la empresa contratista introduce a la subcontratista dentro de su actividad propia y, por consiguiente, aun cuando no se reserve la dirección efectiva sobre los trabajadores de la otra, no puede considerarse que sean del todo independientes. Por lo que si el contratista opta, no por ejecutar la obra a través de sus empleados, sino a través de otra empresa a la que subcontrata, sería razonable que respondiera como si de sus trabajadores se tratase, pues no tiene sentido que se premie más al contratista que subcontrata que al que ejecuta la obra por sí mismo. Además, el daño se produce dentro de la actividad común a ambas, es decir, en la actividad de la subcontratista que es parte de la actividad de la contratista. Por lo que es claro que esta doctrina tiene más sentido en la responsabilidad contractual.

Aunque esta doctrina pueda encontrar una explicación lógica, a mi entender lo cierto es que carece de fundamento legal para imputar la responsabilidad al contratista, ya que el artículo 1903.IV del CC requiere el presupuesto indispensable de la dependencia y, es claro, que la subcontratación, es decir, la dependencia económica –tal y como ya se ha tratado en este trabajo–, no implica *ipso facto* la existencia de relación de jerarquía y dependencia. A pesar de ello, Tovar Sabio³⁸⁹, autor que está a favor de la doctrina mayoritaria en los casos de subcontratación, por lo que apoya la necesaria existencia de relación de subordinación entre la empresa contratista y la subcontratista para accionar la responsabilidad del art. 1903.IV CC, señala que en la jurisprudencia más reciente se encuentran un

³⁸⁸ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 196.

³⁸⁹ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., p. 178.

gran número de resoluciones que se acogen a la doctrina minoritaria, y lo ejemplifica con la SAP de Sevilla de 30.12.2005 [JUR 2006\176035], en la que se imputa responsabilidad al contratista por daños causados por la subcontratista, basándose sólo en la culpa *in eligendo*, sin hacer ninguna mención a la reserva de facultades de dirección o inspección. Por lo que a mí respecta, la empresa contratista debería responder por el artículo 1902 CC por culpa propia por la mala elección de la subcontratista, y no por el artículo 1903.IV CC.

Es claro que se deberá estar caso por caso, pero por lo estudiado hasta ahora, parece que la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, como regla general, es que entre contratista y subcontratada no existe ninguna relación de jerarquía o de subordinación. Es más, la excepción a esa regla general viene dada, precisamente, por aquellos supuestos en donde la contratista se reserve alguna facultad de control, inspección o vigilancia³⁹⁰. Por lo que se presume responsabilidad civil en todos los intervinientes o implicados en la obra salvo que éstos demuestren que la empresa causante material del daño ha actuado autónomamente. Por ello, sólo cuando haya reserva sobre el control de la subcontratada, se generará un vínculo de dependencia que justificará la aplicación del art. 1903.IV CC, sin el cual deviene inaplicable.

Así mismo, el Tribunal Supremo matiza que se *presume* que el contratista se reserva el control de la obra, cuando en ella tenga a un director de obra³⁹¹. Así lo ejemplifican las SSTs de 12.3.2001 [RJ 2001\3976] y 25.01.2007 [RJ 2007\1700], en las que se argumenta que “será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no sólo encarga la

³⁹⁰ Apoyan este razonamiento, entre otras, las SSTs 2.11.2001 [RJ 2001\9641] y 13.6.2003 [RJ 2003\4127].

³⁹¹ El hecho de que el promotor designe un director facultativo de la obra, encargado de controlar las tareas, es determinante para que responda por el artículo 1903 CC, porque de esta reserva nace el nexo de subordinación o de dependencia. Es de la misma opinión, Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., p. 1051. Jurisprudencialmente, STS 20.5.2008 [RJ 2008\4607].

obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis*, sino que designa a un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución y las de Seguridad e Higiene en el Trabajo, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903”. Y, no sólo ha de tratarse de un director de obra, sino que la persona responsable de vigilar o controlar las obras puede darse en otras figuras como, por ejemplo, el aparejador³⁹². En efecto, esta solución procede *a fortiori* dada las obligaciones sobre salud y seguridad que el Real Decreto 1627/1997 de 24 de octubre, *por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción*³⁹³, impone al promotor. Por lo que la jurisprudencia tiende a admitir la responsabilidad del director de la ejecución de la obra (generalmente arquitectos técnicos) fundándose en la normativa que regula sus competencias profesionales³⁹⁴.

En conclusión, no hay duda de que la jurisprudencia entiende que no hay responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC en el mero propietario de una obra cuando contrata a profesionales legalmente habilitados. Es más, es inaplicable este artículo a la relación comitente-contratista si sólo existe la dependencia económica, ya que la misma, por sí sola, no da lugar al nacimiento de la dependencia, sino que es necesaria la existencia de la dependencia funcional. La principal razón es que el contrato de obra no engendra *per se* relación de subordinación ni de dependencia, que es la esencia y fundamento del precepto, a menos que la contratista se haya reservado, de hecho o de derecho, facultades de vigilancia, dirección o

³⁹² Así lo indicó el Tribunal Supremo en la STS 23.6.2010 [RJ 2010\4904] al entender que debía responder la constructora como principal por haber designado a un aparejador como encargado para exigir de sus operarios el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

³⁹³ BOE, núm. 256, de 25 de octubre de 1997.

³⁹⁴ Por una información más exhaustiva, véase Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 470.

inspección de la obra encomendada, ya sea directamente o a través de la designación de un auxiliar que controle la obra o las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

2.2.3. El problema de los dependientes de alta cualificación técnica

A) INTRODUCCIÓN

Para que responda el principal en virtud del daño causado por el auxiliar, a veces por la mera subordinación del auxiliar a las instrucciones, control, dirección o vigilancia del primero, y a veces por la adscripción al giro o tráfico de la actividad propia de la organización empresarial es necesario acreditar la existencia del requisito de dependencia. El nacimiento del mismo no depende necesariamente de que provenga de una relación de naturaleza jurídico-laboral entre principal y auxiliar, sino que ha podido atribuir responsabilidad, una variada gama de situaciones distintas de la que concurre en el contrato de trabajo o en el contrato de arrendamientos de obra y servicios. Ahora cabe preguntarse si existe dependencia en supuestos más complejos, como el caso del profesional de alta cualificación técnica, sobre todo cuando la producción del daño proviene de la esfera de su actuación técnica que escapa del poder del empresario³⁹⁵.

En efecto, lo primero que uno se cuestiona es que las actividades que llevan a cabo el profesional de la medicina o de la arquitectura, por citar algunos supuestos, no pueden ser controladas de forma directa por la empresa donde prestan sus servicios. No puede negarse que existe todo un ámbito de actuación de estos profesionales que escapa totalmente del

³⁹⁵ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 184.

control empresarial, sobre todo en el momento en que el profesional utiliza sus conocimientos para llevar a cabo las actuaciones por las cuales precisamente ha sido contratado. Por lo que es dudoso que cuando causan un daño mientras realizan su tarea, pueda existir culpa *in vigilando* o *in eligendo* del empresario. Para resolver este escollo es necesario determinar si concurre el requisito de la dependencia para que pueda responder el principal ante la víctima.

Antes, pero, cabe señalar la diferencia existente entre la figura del dependiente de alta cualificación técnica con la del denominado contratista independiente, cuya responsabilidad, entre otros, ha analizado con detalle en su estudio el profesor Miquel³⁹⁶ y del cual hablaremos más adelante. Pero ahora es necesario apuntar que la diferencia estriba en que los contratistas independientes, aunque actúen por cuenta de otro, su actividad se realiza de forma autónoma, por lo que no les es aplicable el artículo 1903.IV CC, a razón de que falta claramente el requisito de la relación de dependencia³⁹⁷.

Cuando el auxiliar, pues, se encuentre sometido al control, instrucciones, órdenes o dirección del empresario, hasta cuando no medie contrato laboral alguno entre ambos, ha quedado acreditado que, según jurisprudencia³⁹⁸ y doctrina científica³⁹⁹, existe relación de dependencia. Es más, cuando esto es así y, además, se está ante profesionales altamente

³⁹⁶ Ver Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, cit., pp. 1501 a 1514.

³⁹⁷ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 188.

³⁹⁸ SSTS 24.3.2001 [RJ 2001\3986], 19.6.2001 [RJ 2001\4974], 18.12.2003 [RJ 2003\9302] y 1.6.2010 [RJ 2010\2659].

³⁹⁹ Véase Peña López, “Los daños a los inmuebles próximos al edificio en construcción. Problemas derivados de la imputación subjetiva de la responsabilidad a los agentes de la edificación”, cit., p. 2409; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 211 y Salvador Coderch / Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p.15, entre otros.

cualificados, hablan de dependencia funcional. Zelaya Etchegaray dice que la misma se caracteriza “esencialmente por la actuación en interés y por cuenta del empresario, es decir, por el carácter ajeno del interés gestionado”⁴⁰⁰. Así, se pasa de hablar de una dependencia estricta a una dependencia funcional, “donde lo importante no es ya el recibir o no instrucciones precisas respecto del modo y forma de realizar el encargo, sino la pertenencia a una organización unitaria. Por ello, adquiere relevancia jurídica el hecho de si el empresario o principal conserva una autoridad final global sobre la actividad del agente directo del daño”⁴⁰¹.

En efecto, la dependencia no significa aquí lo que la doctrina laboralista entiende como condición para que exista contrato de trabajo⁴⁰². Es decir, lo realmente importante no es la sujeción del empleado a la dirección técnica o control del empresario, ni su mera subordinación económica, sino el hecho de que el dependiente forme parte de la organización general de la empresa y esté sometido a su poder de dirección⁴⁰³. Así, el concepto de dependencia se ha trasladado de la “dirección técnica” a la pertenencia a la “organización económica” de la empresa, esto es, del control a la titularidad empresarial⁴⁰⁴.

El criterio de la dependencia funcional hace que los profesionales altamente cualificados se consideren auxiliares que obligarán al principal a responder, siempre que causen un daño y, claro esté, actúen por cuenta e

⁴⁰⁰ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 302.

⁴⁰¹ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 196.

⁴⁰² Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 268.

⁴⁰³ Cavanillas Múgica, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., pp. 100 y 101, y Luján Alcaraz, “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, cit., pp. 257 y ss.

⁴⁰⁴ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 269.

interés ajenos, es decir, obren por encargo, y no en interés y por cuenta propia⁴⁰⁵. Por lo que, aun y en aplicación de sus conocimientos científicos y técnicos causen un daño, lo realmente importante es que exista el requisito imprescindible de la dependencia para que responda el principal por esos hechos⁴⁰⁶, ya que, tal y como se apuntaba al principio de este capítulo, la existencia de una “mínima supervisión”, entendida ésta en sentido amplio, debe bastar para imponer responsabilidad sobre quien gestiona globalmente una organización y percibe los beneficios que de ella se derivan⁴⁰⁷.

*B) EN PARTICULAR, EL EJEMPLO DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS
COMO PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS*

Los profesionales sanitarios, en especial los médicos, actúan de acuerdo con su oficio profesional, que está asociado a la prestación de la diligencia profesional. Así se deriva, de las normas que regulan la profesión médica. Por ejemplo, según el artículo 4 párrafo 5 de la Ley 44/2003, de 21

⁴⁰⁵ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 302 y ss. Son de la misma opinión, aunque usan el término “control”, los comentarios al § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano. Los mismos señalan que, en algunas relaciones laborales, el derecho de control del principal es atenuado. Por ejemplo, los altos funcionarios de una empresa o los capitanes de los barcos, pueden ejercer una gran discreción en el ejercicio de las actividades encomendadas por el principal, así como los profesionales cualificados ejercen esta discreción en el desempeño de su trabajo. Sin embargo, todos los empleadores retienen el derecho de control, aunque pocas veces ejercido. Véase al respecto American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. f) al § 7.07, p. 211.

⁴⁰⁶ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 434 y ss.

⁴⁰⁷ En la propia doctrina inglesa, Bell, *Vicarious Liability for Child Abuse*, cit., pp. 440 a 442; Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 413 y ss. y Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 140 y ss. Para una información más exhaustiva véase nota 280 de este mismo trabajo.

de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias*⁴⁰⁸, “los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y la salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión”. Así mismo, el párrafo séptimo del mismo artículo, establece que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en la propia ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con unos principios generales, tales como tender a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial; la eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos, o unidades asistenciales, así como la continuidad asistencial de los pacientes, entre otros.

Más específicamente, el Código de deontología médica⁴⁰⁹, que se ocupa de los aspectos éticos del ejercicio de la profesión y contribuye a que una comunidad profesional fije sus propios límites, establece en el capítulo II, los Principios Generales a los que se tiene que ceñir el médico. Como ejemplo, regula las relaciones del médico con sus pacientes, la calidad de la atención médica, las relaciones de los médicos entre sí y con otros profesionales sanitarios, etc. Así mismo, el propio Código establece en su disposición final cuarta, que el hecho de que una conducta médica haya sido declarada exenta de responsabilidad en los tribunales no impedirá que, a posteriori, pueda ser enjuiciada por la jurisdicción deontológica competente.

⁴⁰⁸ BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

⁴⁰⁹ Este Código ha sido creado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (CGCOM) en julio de 2011 y se puede visitar en la página web *cgcom.es* de la Organización Médica Colegial de España y consta de un preámbulo, veintiún capítulos, una disposición final y cinco disposiciones finales.

Pero a pesar de que los médicos actúen de acuerdo con su trabajo y diligencia profesional, la opinión general es que alguien está subordinado si está obligado a seguir las instrucciones de otra persona. Esto implica que el otro tiene la autoridad para dar instrucciones y, que las mismas, no tienen que ser necesariamente detalladas, por ejemplo, un hospital puede ser responsable de los daños causados por sus médicos empleados, ya que tiene el derecho a dar instrucciones, aunque sólo sea en relación con las horas de trabajo⁴¹⁰. Precisamente porque el elemento clave para la aplicación del régimen de responsabilidad por hecho ajeno es la relación de subordinación aunque ésta sea mínima, y no la naturaleza de la relación, encontramos un gran número de sentencias de nuestro Alto Tribunal que hacen responsables civilmente a las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por los hospitales y profesionales sanitarios⁴¹¹.

En efecto, la jurisprudencia relativa a aplicar la responsabilidad del art. 1903.IV CC a las entidades de seguros de asistencia sanitaria, en un primer momento, el Tribunal Supremo limitaba esta responsabilidad a los supuestos en que existía una verdadera relación de dependencia entre la compañía y los prestadores del servicio, basada en los criterios que rigen la responsabilidad prevista en el art. 1903.IV CC⁴¹². De modo que se absolvía a las aseguradoras en los casos en que no quedaba acreditada la relación de dependencia⁴¹³. A partir de 1999, se produce un salto cualitativo, que ponen de manifiesto las SSTS 2.11.1999 [RJ 1999\7998] y 10.11.1999 [RJ

⁴¹⁰ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 514.

⁴¹¹ Así, la STS 24.3.2001 [RJ 2001\3986], trata la responsabilidad civil de la empresa Clínica, S.A. y de su médico neonatólogo por la ceguera sufrida de un nacido prematuro al que se le aplicó oxígeno directo en su instancia en la incubadora (es lo que se llama Fibroplasia Retrolental). El Tribunal Supremo fue contundente, cuando sentenció que como hecho probado fue la parturienta (demandante) la que eligió la Clínica –lo que le facultaba la póliza suscrita con Asisa, en virtud de concierto con MUFACE–, pero no al especialista, el referido codemandado, ya que fue la Clínica la que lo designó para atender al recién nacido, pues el facultativo prestaba servicios en dicho establecimiento médico, en su condición de neonatólogo.

⁴¹² STS 12.2.1990 [RJ 1990\677].

⁴¹³ STS 27.9.1994 [RJ 1994\7307].

1999\8057], cambiando la argumentación empleada hasta entonces, en la que se busca ahora y a toda costa la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria *ex art.* 1903.IV CC. Un paso ulterior en este proceso lo constituye la STS 19.6.2001 [RJ 2001\4974], seguida por varias sentencias de audiencias provinciales, que pretenden encontrar en el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 28 LGDCU, y en referencia a los “servicios sanitarios” que hace dicho artículo, el fundamento perfecto para hacer responder, sin más, a las “compañías de seguros de asistencia sanitaria” por los daños que causan los prestadores de “servicios sanitarios”⁴¹⁴. Aunque en un primer momento la STS 4.12.2007 [RJ 2008\251], parecía resolver esta situación anómala de presuponer que las entidades prestan servicios sanitarios, al señalar literalmente que “los criterios de responsabilidad objetiva contemplados en la LCU únicamente son relevantes, según se ha dicho, para determinar la existencia de responsabilidad por parte de los servicios médicos, pero ésta, por sí, no predetermina la responsabilidad de la aseguradora”, con lo que el Alto Tribunal entendió, correctamente en mi opinión, que no puede considerarse con carácter general que las entidades de seguros de asistencia sanitaria son entidades que presten servicio sanitarios, últimamente, algunas sentencias del Tribunal Supremo parecen volver al fundamento normativo del artículo 1903.IV CC, pero sin descartar la aplicación al caso del art. 28 LGDCU⁴¹⁵.

A modo ejemplificativo, la reciente STS 4.11.2010 [RJ 2010\7988], esgrime los diferentes criterios que aplica la Sala Primera del Alto Tribunal

⁴¹⁴ SSTS 4.10.2004 [RJ 2004\6066] y 17.11.2004 [RJ 2004\7238].

⁴¹⁵ Para un estudio exhaustivo véase Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 31.

de manera alternativa o combinada⁴¹⁶, en atención a las circunstancias de cada caso, para determinar la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, del personal sanitario o de los centros médicos. Para el Alto Tribunal es obvio que existe una relación de dependencia “en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral”. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia. El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo –siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario, y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad–, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, *como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora* (énfasis añadido).

La relación de dependencia entre la aseguradora y los prestadores de servicios sanitarios no es consustancial: sólo habrá responsabilidad de la entidad aseguradora *ex art.1903.IV CC* por los daños de los profesionales que prestan los servicios, si esa dependencia se prueba. Por lo que será fundamental el hecho de que el facultativo, por ejemplo, preste sus servicios utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición. Sin duda esto es lo que sucede en el caso del neonatólogo

⁴¹⁶ Estos criterios ya aparecen en SSTS anteriores: 4.12.2007 [RJ 2008\251] y 4.6.2009 [RJ 2009\3380], y también en posteriores, en las que se aprecia que el Tribunal sigue usando la misma doctrina. Por todo ver SSTS 16.1.2012 [RJ 2012\1784], 24.5.2012 [RJ 2012\6539] y 14.3.2013 [RJ 2013\2422]. Doctrinalmente, presenta un esquema de estos criterios, Gázquez Serrano, *Las nuevas tendencias Jurisprudenciales en materia de Responsabilidad civil del empresario*, cit., pp. 63 y ss. También ver Íñigo A. Navarro Mendizábal / Abel B. Veiga Copo, *Derecho de Daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2013, p. 332.

y de la Clínica. La situación del especialista, que indudablemente estaba sometido a la disciplina interna de la Clínica en relación de dependencia funcional, hace nacer el vínculo de dependencia entre ambos, lo que instaura la responsabilidad directa y solidaria por culpa *in eligendo* de la Clínica aunque, claro está, no se trata de una efectiva dependencia laboral, pues la sola afirmación de carácter colaborador del especialista permite la aplicación del artículo 1903.IV CC⁴¹⁷.

Es claro que el principal, en base el profundo cambio en la estructura y organización empresarial actual, le es más difícil poder vigilar o controlar o dirigir a los auxiliares altamente cualificados, ya que éstos son contratados, precisamente, por su alta preparación y conocimientos técnicos de los que el empresario carece. Por consiguiente, hablar de dependencia funcional del agente directo del daño o de pertenecer a la organización económica del empresario es, hoy día, más pertinente para determinar la relación de dependencia o de subordinación entre el principal y estos profesionales altamente cualificados.

Sin embargo, no todo el que encarga una obra o servicio a un tercero es civilmente responsable de los daños que éste cause en el cumplimiento o ejecución del encargo. No se configura el vínculo de dependencia o subordinación y, por lo tanto, estamos ante un supuesto de contratista

⁴¹⁷ Un reciente ejemplo jurisprudencial es la STS 4.6.2009 [RJ 2009\3380], que trata la responsabilidad civil de la compañía de seguros Adeslas por los daños causados a la hija de los actores, por la administración de un medicamento por el personal de la Clínica donde estaba ingresada, que le causó graves lesiones cerebrales que determinaron su fallecimiento. Aunque Adeslas no se reservó ningún tipo de facultad de vigilancia o participación respecto a los trabajos desempeñados por dicho personal, sí tenía un contrato con la Clínica. Por lo que el Alto Tribunal aprecia la responsabilidad de Adeslas, porque ésta *garantiza* (énfasis añadido) al asegurado la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, es decir, es garante del servicio, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el propio contrato. Por lo que el Tribunal entiende que Adeslas actúa como auxiliar contractual para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

independiente, si el principal cuando encargó la obra o servicio no tuvo ni conservó la dirección y el control del trabajo realizado, es decir, no hay dependencia funcional. Es claro, que la figura del contratista independiente es uno de los límites del requisito de dependencia, ya que su existencia no hace nacer el vínculo de subordinación entre el sujeto demandado y el agente material del daño (véase *infra* II.3).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, en sus pronunciamientos sobre los profesionales altamente cualificados, señala que las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad y se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y medios concertados o contratados por aquella a efectos de la realización de dichos servicios, existe presumida la relación de dependencia aunque la relación no se formule como dependencia laboral, puesto que basta con la dependencia económica y funcional que subyace bajo los contratos individuales celebrados con aquéllos⁴¹⁸.

Estoy de acuerdo con el Alto Tribunal referente a aplicar en estos casos de negligencias sanitarias una responsabilidad del centro médico *ex art.* 1903.IV CC cuando el centro se reserve facultades de fiscalización, vigilancia y control, es decir, cuando haya una dependencia funcional, aunque no haya una clara relación de dependencia, como lo es la laboral. El motivo radica en no proteger a la organización con el resultado de privar de la protección del artículo 1903.IV CC a la víctima, quien quedaría expuesta a un riesgo superior de insolvencia total o parcial si sólo hubiera un único agente condenado (pensemos en el caso en que el seguro de responsabilidad civil solo cubriese una parte de la indemnización que debe cobrar la víctima). Es más, una organización debe retener el control de lo que ocurre

⁴¹⁸ Es el caso de la STS 19.6.2001 [RJ 2001\4974], que trata la negligencia médica que trae causa por una sucesión de intervenciones erróneas practicadas por diferentes médicos a la víctima demandante, las cuales le provocan secuelas irreversibles en brazo y mano derechas.

en su esfera de actividad profesional⁴¹⁹. Pero, a mi entender, no daría lugar a una relación de dependencia o subordinación entre el principal y el dependiente, la sola existencia de dependencia económica. El mero hecho de pagar la contraprestación al médico, no significa que haya una relación de dependencia entre el médico y el centro, aunque lógicamente no ofrecerán duda, aquellos casos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica sí derive de una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos, esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios, tal y como lo califica normalmente la jurisprudencia⁴²⁰. No obstante, algunas sentencias de esta Sala han fundado la dependencia en la existencia de este tipo de relación⁴²¹. Por lo que, para llegar a esta conclusión, debe salvarse necesariamente el escollo de que el médico es un profesional independiente, el cual, en principio, responde por sí mismo –siempre que reúna las cualidades adecuadas y se estime correctamente seleccionado por parte del empresario y, claro está, siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad–, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, tal y como ya se ha apuntado⁴²², como por ejemplo, la elección directa del médico por la aseguradora, para que nazca el vínculo de subordinación.

Efectivamente, la citada STS 19.6.2001 [RJ 2001\4974], sobre una serie de errores médicos, no comete el error de derivar la existencia de una relación de dependencia, del simple hecho de la concertación previa entre la entidad aseguradora y los centros hospitalarios y médicos, o de la simple existencia de un contrato de servicios o de obra entre la entidad y estos últimos, porque es claro que por sí solos no son suficientes para dar lugar a la aplicación de la responsabilidad por hecho ajeno. Para que el sólo hecho de pagar la contraprestación al médico diera lugar a la existencia de una

⁴¹⁹ Ramos González / Marín García / Milà Rafel / Ruiz García / Farnós Amorós / Alascio Carrasco / Fernández Crende, “80 casos de Derecho de daños (2004-2008)”, cit., p. 64.

⁴²⁰ STS 4.12.2007 [RJ 2008\251].

⁴²¹ SSTS 12.2.1990 [RJ 1990\677] y 10.11.1999 [RJ 1999\8057].

⁴²² STS 4.11.2010 [RJ 2010\7988].

relación de dependencia entre ambos, sería necesario que el primero estuviera incardinado en la organización médica, es decir, que hubiera dependencia funcional⁴²³.

A los efectos que analizamos, debe considerarse irrelevante que la actividad del dependiente sea continuada o puntual, retribuida o gratuita, de carácter jurídico o fáctico. En definitiva, basta con que una persona realice un trabajo con la voluntad o la autorización de otra, sometida a su poder de dirección⁴²⁴. Por consiguiente, no se considera contratista independiente, como ha subrayado la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a quien actúe formalmente como autónomo si, de hecho, está sujeto al control del principal demandado o se encuentra incardinado en su organización⁴²⁵. Es claro, que se debe estar a las circunstancias de cada caso, y ver si el médico responde como contratista independiente, lo que conllevará, por más que le pague la contraprestación el centro médico, que éste no responda por el art. 1903.IV CC, a menos claro esté, que el médico se encuentre incardinado en su organización o reciba instrucciones directas del mismo.

⁴²³ Tal y como señala acertadamente esta sentencia, “[E]l criterio de responsabilidad por hecho de otro en virtud de la relación de dependencia del art. 1903.4 CC, no resulta aplicable en el caso examinado, pues no se ha alegado la existencia de una relación laboral (y ni siquiera de arrendamiento de servicios, que por sí mismo podría resultar insuficiente) (énfasis añadido) entre los responsables y la aseguradora. La sentencia recurrida funda la responsabilidad en el hecho, admitido por las partes litigantes, de que *el centro en el que se practicó la transfusión estaba concertado con la aseguradora*; sin embargo, según se ha visto, *la jurisprudencia considera este hecho, en sí mismo, como insuficiente para la apreciación de una situación de dependencia* (énfasis añadido), y no se ha demostrado que el centro esté gestionado de manera directa o indirecta por la aseguradora. *Por ello es menester atender a otras circunstancias de la relación de aseguramiento* (énfasis añadido)”.

⁴²⁴ Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., pp. 1472 y 1473.

⁴²⁵ STS 4.11.2010 [RJ 2010\7988]. Sobre un estudio más exhaustivo de la figura del contratista independiente, *vide infra* II.3.

C) EL EJEMPLO DE LOS PROFESIONALES DE LA CONSTRUCCIÓN

Al igual que los profesionales sanitarios, existen diferentes profesionales de la construcción, tales como el Arquitecto, el Aparejador, la Constructora o el Promotor, entre otros, que también son personas capacitadas, y que actúan de acuerdo con su oficio profesional y con suficientes conocimientos para un ejercicio correcto de la *lex artis*. Para su regulación tanto en lo que respecta a su profesión como del propio proceso de edificación, existe un número elevado de Leyes y Decretos que se aplican específicamente para cada profesión.

La regulación de los inicios de la profesión de Aparejador o Arquitecto Técnico, se recogen en el Decreto del 16 de julio de 1935, *de regulación de las atribuciones de la carrera de Aparejador* realizada por el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes⁴²⁶. Posteriormente, pasó a regular su profesión el Decreto 265/1971, de 19 de febrero, *por el que se establecen las facultades y competencias profesionales de los arquitectos técnicos*⁴²⁷, recogidas en tres artículos, de las que cabe destacar la ordenación y dirección de la ejecución material de las obras e instalaciones; el cuidado del control práctico y la organización de los trabajos de acuerdo con el proyecto que las define; las normas y reglas de la buena construcción y también como deben ser las instrucciones del Arquitecto superior, director de las obras. Así mismo, y de acuerdo con el artículo 1.1 de la Llei 12/1986, d'1 d'abril, *sobre regulació de les atribucions professionals dels arquitectes i enginyers tècnics*⁴²⁸, los arquitectos e ingenieros técnicos, una vez cumplidos los requisitos que establece el ordenamiento jurídico, tienen la

⁴²⁶ Gaceta de Madrid, de 18 de julio de 1935.

⁴²⁷ BOE núm. 44, de 20 de febrero de 1971.

⁴²⁸ BOE núm. 79, de 2 de abril de 1986, y BOE núm. 100, de 26 de abril de 1986 de corrección de errores. También interesa la Ley 33/1992, de 9 de diciembre, *de modificación de la Ley 12/1986, sobre regulación de las atribuciones profesionales de los Arquitectos e Ingenieros Técnicos* [BOE núm. 296, de 10 de diciembre de 1992], pero que no afecta al artículo 1 mencionado.

plenitud de facultades y atribuciones en el ejercicio de su profesión dentro del ámbito de su respectiva especialidad técnica.

Así mismo, son importantes los requisitos básicos que han de reunir las edificaciones y que los establece el Código Técnico de la Edificación aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo⁴²⁹. En él se establecen los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad de las construcciones, definidos por la LOE que a su vez los establece de manera muy genérica en su artículo 3.

Por lo que también es de suma importancia en este sector la citada Ley 38/1999, de 5 de noviembre, *de Ordenación de la Edificación* (LOE), que regula el proceso de edificación en sus aspectos esenciales así como sus principios fundamentales, tales como el fomento de la calidad, la delimitación de las funciones, obligaciones y responsabilidades de los agentes de la edificación⁴³⁰, el establecimiento de las garantías necesarias, así como asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios. No obstante, no siempre la LOE es aplicable, ya que en los casos de vicios o defectos constructivos en las edificaciones o edificios, el régimen de responsabilidad se rige por la norma del artículo 1591 apartado primero del Código Civil, o, si se prefiere, por la doctrina jurisprudencial decenal creada a partir de la mitad de los años sesenta para la aplicación e interpretación del citado artículo. El ámbito o el conjunto de conflictos que ahora regula la LOE, con el obstáculo no ya de su vigencia o entrada en vigor (seis meses después de su publicación en el BOE de 5 de mayo de 2000, tal y como dispone la Disposición Final cuarta de la LOE), sino de su aplicación a casos concretos, son aquellas obras la licencia de las cuales se

⁴²⁹ BOE núm. 74, de 28 de marzo de 2006.

⁴³⁰ En concreto, el artículo 17 LOE regula la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación. Manuel García Caracuel, “Cuestiones procesales en la LOE”, en Ana Cañizares Laso (Dir.), *Estudios sobre Derecho de la edificación*, Cizur Menor, Thomson Reuters — Civitas, 2010, p. 204.

haya solicitado después de la entrada en vigor de la Ley, es decir, después del 5 de mayo de 2000 (Disposición Transitoria Primera de la LOE). Está claro, que las edificaciones o intervenciones realizadas antes de estas fechas no están sujetas a la LOE y, en consecuencia, no hay la obligación de concertar seguros obligatorios, ni tampoco se aplica el sistema de responsabilidad de la LOE sino, como se ha dicho, se aplicará la del artículo 1591 CC o, más bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por ruina, ya que esta doctrina ha alejado tanto la interpretación de la letra del precepto que se pueden entender el uno sin el otro⁴³¹.

Así, desde el artículo 8 al 16 de la LOE, se regulan las clases, funciones y responsabilidades de las personas que intervienen en el proceso de la edificación, como por ejemplo, el promotor (art. 17.3 LOE) que es quien decide, impulsa, programa y financia la obra y quien tiene numerosas obligaciones como las de gestionar y obtener las licencias y autorizaciones necesarias para edificar, suscribir los seguros que solicita el artículo 19 LOE y designar un coordinador de seguridad y salud durante la fase de elaboración del proyecto y de ejecución de la obra. A su vez, es responsable civil de los defectos de ejecución relativos al acabado de la obra, por los vicios o defectos constructivos que afecten a la habitabilidad del inmueble y de los vicios que afecten a sus elementos estructurales. También cabe destacar al constructor (artículos 11.2 y 17.6 LOE) que es quien asume el compromiso de ejecutar la obra. Es el agente que asume contractualmente ante el promotor el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato. Ni cabe decir que tiene plena capacitación profesional para el cumplimiento de su cometido como constructor. Como obligaciones destacan las de designar al jefe de obra que asumirá la representación técnica, formalizar las subcontrataciones de determinadas

⁴³¹ Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., pp. 422 y 423. Jurisprudencialmente, SSTS 23.1.2012 [RJ 2012\179] y 27.2.2012 [RJ 2012\4051].

partes o instalaciones de la obra dentro de los límites establecidos en el contrato, elaborar el plan de seguridad y salud laboral, etc. Así mismo, los artículos 1596 del CC y 17.6 de la LOE, referentes a la responsabilidad del constructor por hecho ajeno, disponen que será responsable directo de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan. Es más, el artículo 17.6 LOE establece que el constructor (y el promotor) responden de estos daños de forma objetiva y solidaria⁴³². También es importante el director de la obra (12.3 y 17.7 LOE) que se encarga de dirigir el desarrollo de la misma, por lo que deberá desarrollar la obra en sus aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de acuerdo con el proyecto técnico, la licencia de edificación y las demás autorizaciones obligatorias, así como y de acuerdo con las condiciones contractuales.

Aunque últimamente también les afecta, al igual que a los médicos, el Anteproyecto de Ley de Servicios y Colegios Profesionales que se aprobó por el Consejo de Ministros en sesión celebrada el 2 de agosto de 2013 y se encuentra cerca de su trámite como Proyecto de ley, el cual establece, de un lado, el marco regulador de los Servicios Profesionales. En este sentido, establece como objeto y finalidad de la ley, el de garantizar el libre acceso a las actividades profesionales y a su ejercicio. Además, el principio general para el acceso y ejercicio de las actividades profesionales es el de libre acceso a las mismas en función de la titulación o competencia específica del profesional adquirida tanto por formación como por experiencia. También se establecen los derechos y deberes de los profesionales. Entre ellos, el deber de suscribir un seguro o garantía equivalente de responsabilidad civil, siempre que la legislación aplicable lo exija. De otro lado, regula un

⁴³² Antonio Orti Vallejo, “La responsabilidad civil por defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia / Javier López y García de la Serrana (Coord.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters — Aranzadi, 2013, pp. 136 y 137.

nuevo régimen jurídico de los Colegios Profesionales que, en el caso de los profesionales de la construcción, derogará y modificará la normativa actual⁴³³, a la vez que creará la aplicación de un Código Deontológico único para toda la profesión. Así mismo, y solo para el Aparejador, continuará siendo obligatorio estar colegiado cuando tenga que redactar proyectos de construcción.

A pesar de que los agentes de la construcción como el arquitecto técnico o el constructor, por ejemplo, actúen de acuerdo con su trabajo y diligencia profesional, por lo que *a priori* se tratarían de contratistas independientes, es práctica habitual de la jurisprudencia hacer responder civilmente al comitente por la actuación negligente de estos profesionales, partiendo de que éstos, aun y ser profesionales altamente cualificados y autónomos en su gestión, se les considera dependientes a efectos de la responsabilidad por hecho ajeno. En efecto, cuando el comitente pretende la realización de unas obras, selecciona a un profesional especializado, por lo que, en principio, será considerado contratista independiente, siempre y cuando el comitente no ejerza ningún poder de control ni dirección de las obras (dependencia funcional). Es claro que una vez el contratista termine las obras, el comitente deberá abonar el precio pactado al contratista por su trabajo. Parece obvio que por el hecho de pagarle la contraprestación no tiene porque existir, necesariamente, una relación de dependencia (dependencia económica), lo que conlleva a que si el contratista independiente causa un daño a tercero, al ser este un trabajador autónomo, el comitente no tiene que indemnizar a la víctima.

⁴³³ Derogará la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales (LCP) (BOE núm. 40, de 15 de febrero de 1974) [modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, de normas reguladoras de colegios profesionales [BOE núm. 10, de 11 de enero 1979], Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales [BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997], RDL 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia [BOE núm. 92, de 17 de abril de 1999] y RDL 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios [BOE núm. 151, de 24 de junio de 2000]), y modificará el contenido de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales [BOE núm. 65 de 16 de Marzo de 2007].

Esto es lo que confirma la STS 14.10.2004 [RJ 2004\5902]⁴³⁴, y de la que comparto totalmente la tesis, en la que un comitente se limitó a contratar la ejecución de la edificación con personas que se suponían capacitadas y con la titulación profesional adecuada al efecto –como fueron un arquitecto, un aparejador y diversos encargados parciales de la obra–, sin que aquélla tuviera ningún tipo de intervención en la dirección y ejecución de los trabajos, ni consta tuviese conocimiento de la situación de riesgo que, en definitiva, provocó el siniestro. Por ello, no puede exigírsele ningún tipo de responsabilidad. Por lo que no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la participación en los trabajos o en parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia⁴³⁵. Por lo que es claro que no existe dependencia funcional, ya que el auxiliar que hacía las obras no recibió órdenes de la comitente, por lo que no estaba sujeto a la dirección ni control de ésta, ni tampoco existe su responsabilidad por hecho ajeno por la sola existencia de dependencia económica, ya que el mero hecho de pagarle el comitente una contraprestación, no es suficiente para engendrar esta responsabilidad.

⁴³⁴ La misma trata un caso de reclamación de cantidad contra el comitente propietario del inmueble donde ocurrió un accidente a raíz de un golpe propinado a un operario con una grúa, en la que se demanda también a la empresa a la que pertenece. El Tribunal Supremo declara que no existe responsabilidad civil del mismo por entender que: “[N]o es posible, siguiendo abundante jurisprudencia, imputar una responsabilidad a quién, como la recurrente se limita en su objetivo de que se realicen unos trabajos en su propiedad, al encargar ese cometido a una empresa como es la contratista y, con los debidos asesoramientos técnicos del Arquitecto y Aparejador, *limitándose, pues, tras efectuar ese encargo, a cumplir con sus obligaciones de pago de la prestación conferida, sin que, en absoluto, intervenga o actúe dentro del campo estricto de esa ejecución* (énfasis añadido), por lo que, cuando, como en autos, el siniestro se produce por esas negligencias, tanto en el manejo de la grúa como en la falta de vigilancia en su operación, nada de ello puede afectar a quien, se repite, se ha limitado a una actuación por completo al margen de esa ejecución, dentro de la cual se produjo el evento dañoso”. Son de la misma opinión, las SSTs 16.1.2003 [RJ 2003\6], 24.2.2003 [RJ 2003\2919] y 16.6.2003 [RJ 2003\8837], entre otras.

⁴³⁵ En tal sentido ya se pronunciaba la STS 9.7.1984 [RJ 1984\3801].

Sin embargo, tal y como se apuntaba anteriormente, el Tribunal Supremo matiza que se *presume* que el constructor se reserva el control de la obra, cuando en ella tenga un director de obra⁴³⁶. Así lo ejemplifican las SSTs de 12.3.2001 [RJ 2001\3976] y 25.01.2007 [RJ 2007\1700], en las que se argumenta que “será posible responsabilizarle del daño en aquellos supuestos en que no sólo encarga la obra a personal especializado y cualificado profesionalmente con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la *lex artis*, sino que designa a un director facultativo de la obra a quien compete exigir el cumplimiento de las especificaciones del proyecto, las normas de buena ejecución entre otras, pues ello es determinante de la responsabilidad por hecho de otro, según la interpretación jurisprudencial del artículo 1903”. Y, no sólo ha de tratarse de un director de obra, sino que la persona responsable de vigilar o controlar las obras puede darse en otras figuras como, por ejemplo, el aparejador⁴³⁷. En efecto, esta solución procede con mayor motivo dada las obligaciones sobre salud y seguridad que, tal y como ya se ha citado el RD 1627/1997 de 24 de octubre, *por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción*, impone al promotor. Por lo que la jurisprudencia tiende a admitir la responsabilidad del director de la ejecución de la obra (generalmente arquitectos técnicos) fundándose en la normativa que regula sus competencias profesionales⁴³⁸.

⁴³⁶ El hecho de que el promotor designe un director facultativo de la obra, encargado de controlar las tareas, es determinante para que responda por el artículo 1903 CC, porque de esta reserva nace el nexo de subordinación o de dependencia. Es de la misma opinión la STS 20.5.2008 [RJ 2008\4607].

⁴³⁷ Así lo indicó el Tribunal Supremo en la STS 23.6.2010 [RJ 2010\4904], al entender que debía responder la constructora como principal por haber designado a un aparejador como encargado para exigir de sus operarios el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo.

⁴³⁸ Por una información más exhaustiva, véase Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p. 470 y Orti Vallejo, “La responsabilidad civil por defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia / Javier López y García de la Serrana (Coord.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, cit., pp. 138 y ss. Sus facultades y responsabilidades vienen reguladas en los artículos 13.2 y 17.7 de la LOE, respectivamente.

D) CONCLUSIÓN

A la vista de estos ejemplos, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo es clara. La responsabilidad empresarial del profesional de la medicina o de la arquitectura, por ejemplo, también van a ser “dependientes” a los efectos de la responsabilidad civil por hecho ajeno, por más que su actividad no sea controlable por el empresario, en los casos en que exista una dependencia funcional de éste sobre aquéllos. Pero la doctrina científica no es pacífica ante esta cuestión⁴³⁹, ya que existen dos posiciones diferentes. La primera posición defendida por algunos autores, entiende que la norma que declara la responsabilidad por hecho ajeno es aplicable a toda situación, sin hacer ninguna excepción sobre la esfera técnica de su actividad –es el criterio por el que opta la jurisprudencia española–. El fundamento se encuentra al entender la dependencia en sentido amplio, lo cual es permitido por una interpretación teleológica y en consonancia con la realidad social actual (art. 3.1 CC).

La segunda posición, defiende que la cualificación especial del auxiliar conlleva la aplicación directa del art. 1902 CC por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa *in vigilando o in eligendo* del empresario. A favor de esta última posición encontramos a Zelaya Etchegaray⁴⁴⁰, el cual señala que “[L]a relación laboral no justifica por sí sola la imputación de culpa *in eligendo o in vigilando* sobre el empleador, por cuanto muchas veces la persona sujeta formalmente a un vínculo laboral tiene la suficiente preparación técnica y profesional para realizar sus labores con total autonomía e independencia de su empleador. Es más, el desarrollo tecnológico y el profundo cambio en la estructura y organización moderna, unidos a la creciente tendencia de que los profesionales altamente

⁴³⁹ Sobre esta disparidad de criterios, ver Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 184, concretamente, notas 6 y 7.

⁴⁴⁰ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 300 a 305.

cualificados trabajen como asalariados laborales de la empresa, han conducido a que el criterio de control y dirección técnica se haya vuelto ineficaz y ficticio para explicar y fundar todos los casos de responsabilidad del empresario por la culpa de sus dependientes”.

Es cierto que la organización empresarial actual ha cambiado, pero no estoy de acuerdo con esta tesis. A mi entender, encajan mejor los daños causados por estos profesionales bajo el paraguas de la responsabilidad vicaria, acorde con la ya comentada objetivación que realiza nuestro Alto Tribunal. En mi opinión, por el solo hecho de que un trabajador sea calificado como técnico altamente cualificado, no pueden desaparecer todas las medidas de seguridad por parte del empleador. Es decir, el empresario no puede eludir el deber de cuidado que se le exige como tal por tener bajo sus órdenes un auxiliar cualificado, sino que debe igualmente mantener la vigilancia y el control que la actividad ejercida necesite, ya que sólo de persistir una relación más o menos extensa o intensa de dependencia, persiste a la par el deber de vigilancia y control. Por lo que, esta reflexión, de un lado, se adecúa a la posición doctrinal y jurisprudencial que declara que la responsabilidad por hecho ajeno es aplicable a toda situación, sin hacer ninguna excepción a la esfera técnica de la actividad y, de otro, nos da el instrumento clave que permite usar esta responsabilidad bajo la responsabilidad vicaria sin ningún óbice: la interpretación amplia de la relación de dependencia, que se viene defendiendo a lo largo de este trabajo. Además, no tiene sentido que estos profesionales, por el hecho de ser altamente cualificados, tengan que responder directamente ante la víctima aun siendo trabajadores ajenos. Dudo que cualquier profesional quisiera trabajar en estas condiciones que les serían claramente perjudiciales frente a sus compañeros no “tan cualificados” ya que, cuando éstos causasen un daño, respondería por ellos el patrimonio del principal, deviniendo así un doble perjuicio para los primeros, de un lado, porque deberían tener un seguro de responsabilidad civil propio que cubriera cualquier daño a tercero, con el coste que esto significaría y, del otro, trabajarían para beneficio de otro. Por lo que la responsabilidad vicaria,

haría responder de modo objetivo al principal, siempre, claro esté, se probase la culpabilidad del auxiliar, lo que haría más atractivo trabajar por cuenta ajena.

Aunque basar la responsabilidad por el art. 1902 CC no es el criterio que utiliza normalmente el Alto Tribunal, sí existen algunos casos jurisprudenciales que se basan en esta tesis. Buen ejemplo de ello se encuentra en la STS 31.12.2003 [RJ 2004\367], en la que se cuestiona la responsabilidad civil del jefe del equipo de trabajo por el fallecimiento de un trabajador cualificado a causa del posible incumplimiento de las medidas de seguridad, concretamente, por no vigilar a los componentes de su equipo porque estaba cumplimentando documentación necesaria para dar comienzo a los trabajos de mantenimiento encomendados. El fallecimiento del empleado fue provocado por una descarga eléctrica cuando éste entró en una zona excluida pasando por debajo de unas cintas delimitadoras. El Tribunal Supremo no aprecia culpa alguna ni en la empresa demandada como empleadora del trabajador fallecido, ni en ninguno de sus empleados, cerrándose así las posibilidades de aplicar el artículo 1903.IV CC. El Alto Tribunal lo argumenta basándose en que “no sólo se cumplieron todas las medidas de seguridad pertinentes sino que, además, se siguió escrupulosamente el método de trabajo habitual y perfectamente conocido por todos los trabajadores del equipo”⁴⁴¹.

La dirección de esta resolución judicial es la de aplicar claramente la responsabilidad del artículo 1902 CC al propio auxiliar cualificado por su

⁴⁴¹ Un supuesto muy parecido se encuentra en la STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), 23.6.2008 [RJ 2009\508], que trata el accidente de trabajo de un topógrafo arrollado por una retroexcavadora al echar marcha atrás. La sentencia señala la ausencia de responsabilidad del jefe de obra que no estaba presente en el momento del accidente. El Tribunal basa su exoneración en decretar que no es responsable de la omisión de las medidas de seguridad por no haber sido designado coordinador de seguridad ni encomendársele por el titular de la empresa ningún deber de prevención. Es más, la sentencia incide en que la cualificación profesional como ingeniero técnico de obras públicas no basta por sí sola para responsabilizarle de los deberes de seguridad en el trabajo.

conducta culposa, precisamente por el alto grado de conocimiento científico y técnico que posee el trabajador sobre la materia, y no para el empresario, porque “[L]a responsabilidad civil de la empresa por culpa propia o del jefe del equipo de trabajo equivaldría a considerar exigible una vigilancia férrea e ininterrumpida de cada miembro del equipo por otro que se dedicara en exclusiva a dicha función, en un grado casi rayando con la coacción física y, desde luego, impropio de lo que debe considerarse razonable entre trabajadores cualificados y experimentados”⁴⁴².

Es claro que los dependientes están integrados en la organización empresarial y sujetos al poder de dirección del que deriva el principio culpabilístico, tan reiterado por el Alto Tribunal, inherente al vicio *in eligendo* o *in vigilando* respecto de las personas por quienes se debe responder⁴⁴³, por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra, y de emplear la debida cautela en la elección de los servidores y en la vigilancia de sus actos. Esto es así, cuando entre el autor material del hecho y el responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño, éste debe atribuirse, más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra

⁴⁴² Al mismo resultado llega la STS 6.5.2009 [RJ 2009\2914] al no decretar la responsabilidad civil de Telefónica S.A., cuando un dependiente suyo utilizó un vehículo de la compañía para uso particular y sufrió un accidente con víctimas. Aunque el motivo principal del fallo es que el trabajador actuó fuera del ámbito de sus funciones, el Tribunal Supremo usa el requisito de la dependencia para reforzar la exoneración de Telefónica, al entender que dentro de la relación de subordinación o dependencia “no tiene encaje una vigilancia férrea e ininterrumpida de cada uno de los empleados, impropia de lo que debe considerarse razonable entre trabajadores cualificados, que le obligue a asegurarse de que cada uno de ellos cumple la normativa impuesta”. En la misma línea, la STS 21.6.2006 [RJ 2006\3080] sobre una comadrona que formaba parte del cuadro facultativo de la Clínica demandada.

⁴⁴³ SSTs 22.5.2007 [RJ 2007\4620], 20.6.2008 [RJ 2008\4260], 6.2.2009 [RJ 2009\1369] y las allí citadas.

persona, por lo que el fundamento de esta responsabilidad es una presunción de culpa⁴⁴⁴.

Como ha puesto de relieve la doctrina, la tesis subjetivista resulta insatisfactoria cuando el empleado presenta un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño, por resultar difícil de imaginar, en tal caso, la culpa «in vigilando» o «in eligendo». Así mismo, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, determina el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno empresarial. A lo largo de este trabajo ya se ha comentado el problema que genera la práctica de nuestro Alto Tribunal de tender a “objetivar” la responsabilidad civil del empresario cuando no puede aportar la prueba de exoneración contemplada en el párrafo final del artículo 1903 CC. En este caso, aunque el Tribunal Supremo entienda que un dependiente cualificado está subordinado a las instrucciones del principal y, por consiguiente debe de responder este último ante la víctima, vacila en configurar esta relación de dependencia entre ambas partes, y se ampara en el carácter objetivo de la responsabilidad, por entender que el propio párrafo cuarto del art. 1903 CC, que es de responsabilidad subjetiva, no puede dar la solución. De ahí mi propuesta de convertir esta responsabilidad en vicaria.

En definitiva, la alta cualificación técnica no es óbice para determinar que sí existe responsabilidad civil del empresario. Es claro que el empresario responde de los dependientes altamente cualificados, a pesar de que los mismos actúen en su trabajo con gran discrecionalidad, conforme a su saber profesional⁴⁴⁵. Para que así sea, es decisivo que concurra una

⁴⁴⁴ En esta línea jurisprudencial, entre muchas, SSTS 21.6.2006 [RJ 2006\3080] y 6.3.2007 [RJ 2007\1828]. Doctrinalmente, Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1465.

⁴⁴⁵ Como les sucede a los arquitectos y a los médicos tal y como reflejan estas SSTS 15.11.2005 [RJ 2005\7632] y 4.6.2009 [RJ 2009\3380] respectivamente.

relación amplia de subordinación entre ambas partes. Su existencia surge por la mera *apreciación* de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas⁴⁴⁶. Aunque sólo se trate de una pequeña apreciación por parte del empleador, es claro que necesariamente ha de existir la misma, sino, no se estará ante una responsabilidad por hecho ajeno⁴⁴⁷. Así lo entiende también la importante STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291], sobre si existe o no relación de dependencia o subordinación entre el piloto instructor (auxiliar altamente cualificado) y el Centro de formación “Aeronáutica Madrid, S.A.,” (como principal)⁴⁴⁸.

Para la empresa es obvio la inexistencia de la relación de dependencia entre ésta y el piloto, por lo que no cabe aplicar el art. 1903.IV CC al no mediar culpa *in vigilando* de la recurrente por tratarse de un empleado altamente cualificado. La argumentación utilizada por Aero Madrid es que el piloto era independiente y autónomo en su ámbito y decisiones y, además, con arreglo a la legislación en materia de navegación aérea, tiene el carácter de autoridad en el ejercicio de su mando, por lo que es el responsable de todas las maniobras que efectúe. Por consiguiente, habida cuenta las especiales circunstancias y situación del agente y por la autonomía de sus decisiones, no puede ser considerado empleado ni dependiente, por lo que

⁴⁴⁶ STS 26.9.2007 [RJ 2007\5350] y 14.05.2010 [RJ 2010\3494].

⁴⁴⁷ Véase entre otras SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291], 24.6.2000 [RJ 2000\5304], 10.10.2007 [RJ 2007\6813] y 16.10.2007 [RJ 2007\7102].

⁴⁴⁸ Entre el centro de aeronáutica (a partir de ahora Aero Madrid) y el Sr. César (alumno) se suscribió un contrato de aprendizaje con la pretensión de obtener éste el título profesional de piloto comercial y, en virtud del cual, Aero Madrid se comprometía a impartir clases teóricas y prácticas. Cuando el Sr. César ya había superado todas las pruebas para la obtención del título de piloto comercial y sólo precisaba completar las horas de vuelo necesarias para su expedición, despegó del aeropuerto de Cuatro Vientos (Madrid), pilotando el avión propiedad de Aero Madrid, SA, en compañía del instructor (empleado de Aero Madrid) el Sr. Jerónimo, y de don Santiago (alumno también de la escuela), cuando el avión entró en barrena, cayó al suelo, falleciendo todos los ocupantes del avión. Los padres del fallecido César interponen demanda contra Aero Madrid y la entidad aseguradora Catalana Occidente.

cualesquiera instrucciones sobre medidas de control y vigilancia que se le pudieran dar, resultarían ociosas e inoperantes.

La respuesta del Tribunal Supremo fue tajante, y apreció la existencia de relación de dependencia a efectos del art. 1903.IV CC entre el auxiliar y el principal al quedar constancia, en el supuesto fáctico, que el instructor era un empleado de Aero Madrid, contratado precisamente para impartir clases prácticas de vuelo. Por otra parte, para el Alto Tribunal, no cabe desconocer que *existe una importante intervención de la empresa en la selección del personal y en el ámbito de actuación del mismo, que debe traducirse en una vigilancia y control acerca de su desenvolvimiento, precisamente porque compromete los intereses de la entidad* (énfasis añadido). Y, además, la autonomía en la toma de decisiones inmediatas no implica que se trate de un profesional autónomo que sólo deba rendir cuentas a sí mismo y a cargo de su exclusivo patrimonio.

Efectivamente, el Alto Tribunal incide, para condenar a Aero Madrid, en la existencia de una importante intervención de la empresa en la selección del personal y en su ámbito de actuación. Tal y como apunta Cabanillas Sánchez⁴⁴⁹, este caso ha incidido más en la alta cualificación técnica que poseía el auxiliar cuando causó el daño, que en determinar la existencia de responsabilidad del empresario, y más siendo el mismo un profesional liberal “no habitual” como lo son los casos de médicos, arquitectos, etc. Normalmente no se suele discutir el grado de cualificación del empleado pero, como se ha expuesto, aun existiendo el mismo, no es óbice para que se entienda que el auxiliar seguía las instrucciones del principal por lo que, aparte de la existencia del contrato entre ambas partes, es clara la subordinación del dependiente técnico ante el principal. No hay

⁴⁴⁹ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., pp. 181 a 184.

que olvidar, además, que el daño del auxiliar es causado en el desarrollo de la actividad que tenía encomendada, en el presente caso, dar clases⁴⁵⁰.

Esta sentencia refleja, efectivamente, la problemática de contradicción antes anunciada por parte del Alto Tribunal, en que se lee entre líneas, el apoyo a la teoría doctrinal de aplicar el art. 1902 CC al auxiliar altamente cualificado causante del daño, y no aplicar el art. 1903.IV CC al principal, por carecer éste de los conocimientos técnicos y especiales de que el auxiliar goza y que por ellos es contratado. Es claro que la resolución de estos casos de auxiliares con alta cualificación técnica no es fácil de dilucidar. A mi entender, se tendrá que estar caso por caso, así, dependiendo de los hechos acaecidos, se podrá optar por la tesis de que sólo responda el auxiliar por el art. 1902 CC, siempre y cuando no exista ningún vínculo de subordinación con el principal, o bien, si existe por parte del principal la impartición de órdenes e instrucciones al auxiliar, existirá entre ambas partes una relación de dependencia y, claro está, si se dan los restantes requisitos que establece el art. 1903.IV CC, responderá civilmente el principal.

En conclusión, gracias al sentido amplio que se da a la relación de dependencia en la jurisprudencia del Alto Tribunal, se incluyen dentro del precepto del 1903.IV CC los auxiliares con alta cualificación técnica al quedar éstos subordinados a las instrucciones dadas por su principal. Así, la existencia de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas al auxiliar altamente cualificado por su principal⁴⁵¹, más el hecho de que el precepto puede ser aplicado a cualquier relación jurídica o de hecho⁴⁵², hace posible la aplicación de la responsabilidad civil al empresario que se sirve de estos técnicos. De lo

⁴⁵⁰ Sánchez Hernández, “La «relación de dependencia» y el art. 1903.4º del Código Civil”, cit., p. 68.

⁴⁵¹ STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494].

⁴⁵² STS 1.6.2010 [JUR 2010\201804].

contrario, tal y como apunta Yzquierdo Tolsada⁴⁵³, una tesis restrictiva llevaría a exonerar de responsabilidad al principal cada vez que se estuviera ante casos de empleados con un alto nivel técnico y titulaciones académicas (cirujanos, arquitectos, etc.), pues en tales casos el empresario nada tendría que decir sobre cuestiones técnicas.

También es posible atribuir la responsabilidad al principal por el hecho de tener éste el control de la titularidad empresarial. Es decir, el principal se ha reservado un derecho de control superior sobre la organización general de la prestación contratada con el agente directo del daño o con la empresa de la cual este depende laboralmente⁴⁵⁴. Precisamente, aun la imposibilidad de controlar esta actividad por parte del principal, la independencia o autonomía para ejercer la profesión en su aspecto técnico, no debe ser un obstáculo para aplicar el vínculo de dependencia previsto en el artículo 1903.IV CC, trasladado de la dirección técnica a la pertinencia a la organización económica de la empresa, por lo que nace la obligación de responder frente a la víctima, indicio de que esta objetivación se realiza sobre la base de la eliminación de criterios basados en la culpa propia⁴⁵⁵. De no ser así, no sería concebible, por ejemplo, la condena de un hospital por la negligencia de un cirujano. Además, pensemos en las dificultades que en la práctica arrojaría tener que distinguir entre la esfera plenamente controlable por el empresario y la que escapa de tal control⁴⁵⁶. Por ello, hay que poner de relieve que la jurisprudencia ha experimentado una progresiva objetivación en aquellas sentencias que atribuyen responsabilidad, por culpa o negligencia, del personal altamente cualificado y, como se ha afirmado con acierto, en estos casos debe nacer

⁴⁵³ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 268 y 269.

⁴⁵⁴ Zelaya Etxegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 301.

⁴⁵⁵ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., p. 21.

⁴⁵⁶ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 269.

la responsabilidad civil del empresario⁴⁵⁷. Pero ante la imposibilidad de exoneración por parte del principal, es de recibo cambiar el régimen actual de responsabilidad subjetiva con una presunción *iuris tantum*, por una responsabilidad vicaria, que sería más acorde con la actual jurisprudencia en estos casos. Así, una primera solución que aporta el Tribunal Supremo a través de las dos sentencias expuestas anteriormente, la de 19.6.2000 [RJ 2000/5291] y la de 21.6.2006 [RJ 2006\3080], del piloto de avión y de la comadrona, respectivamente, es aplicar la responsabilidad vicaria cuando el principal no pueda controlar de forma directa la actividad que realiza el auxiliar con alta cualificación técnica. Esta idea, para nada descabellada, resolvería las dudas aquí planteadas, como la de poder decidir o implicarse en cuestiones técnicas el principal o la de poder condenar al empresario sin tener que discernir cuando escapa o no de su control la actividad de su auxiliar.

Una segunda solución más práctica, por como está concebido hoy el régimen de responsabilidad por hecho ajeno, y que no necesita de la colaboración del legislador, es que para resolver estos casos de auxiliares con alta cualificación técnica, se tendrá que estar caso por caso. Así, dependiendo de los hechos acaecidos, se tendrá que optar por la tesis de que sólo responda el auxiliar por el art. 1902 CC siempre y cuando no exista ningún vínculo de subordinación con el principal. O bien, más que tener que controlar o no cada acto particular de cada auxiliar dando instrucciones el principal, se trataría de poder dar instrucciones sobre la actividad del auxiliar en general, es decir, que el auxiliar quede incardinado automáticamente en la organización que el principal controla formando parte de ella. Entonces, es claro que entre ambas partes existirá una relación de dependencia y, si se dan además los restantes requisitos que establece el art. 1903.IV CC, responderá civilmente el principal, aunque este no se pueda exonerar nunca.

⁴⁵⁷ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., pp. 65 y 66.

Además, es frecuente ver en las sentencias del Tribunal Supremo que versan de responsabilidad sanitaria, el concepto de dependencia funcional en aras a proteger a la víctima, e incluir dentro de la organización del centro médico a los facultativos o al personal sanitario que causan un daño por mala praxis, para que responda el centro médico como sujeto responsable más solvente o también a las entidades de seguros sanitarios. Respecto a éstas últimas, el régimen de responsabilidad vicaria evitaría la problemática reciente de algunas sentencias del Tribunal Supremo⁴⁵⁸ que parecen volver al fundamento normativo del artículo 1903.IV CC, pero sin descartar la aplicación al caso del art. 28 LGDCU⁴⁵⁹ de claro régimen objetivo, y en base a los “servicios sanitarios” como fundamento perfecto para hacer responder, sin más, a las compañías de seguros de asistencia sanitaria por los daños que causan los prestadores de “servicios sanitarios”. Por lo que si se pasara de una responsabilidad subjetiva a objetiva para el principal, es decir, vicaria, el Tribunal Supremo no debería realizar tantos tejemanejes para hacer responder civilmente al sujeto más solvente, el principal.

⁴⁵⁸ SSTS 4.10.2004 [RJ 2004\6066], 17.11.2004 [RJ 2004\7238], 4.12.2007 [RJ 2008\251], 4.6.2009 [RJ 2009\3380] y 16.1.2012 [RJ 2012\1784].

⁴⁵⁹ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 31.

2.3. *Dependencia basada en una relación de hecho*

2.3.1. **La jurisprudencia del Tribunal Supremo**

Para que responda el principal civilmente es necesaria una relación que implique algún grado de dependencia entre él y el sujeto que causa el daño. Es más, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo es la de un concepto amplio de dependencia, pues ha entendido que para que exista esa relación basta que la actividad del agente se encuentre sometida a la revisión y control del empresario⁴⁶⁰.

No es necesario que esta relación de dependencia se manifieste a través de una relación jurídica concreta que contemple formalmente una situación de dependencia. Es claro que cuando entre el empresario y quien causa el daño existe una relación contractual que implica sujeción a instrucciones y actuación en interés ajeno, hay dependencia. Sin embargo, el ámbito es más amplio, porque el propio Tribunal Supremo ha señalado que esta potencial intención o control de la conducta de quien causa un daño, no tiene que expresarse necesariamente a través de una forma contractual determinada, ni tampoco es requisito de esa relación de dependencia –para fundar la responsabilidad *ex art. 1903.IV CC*–, que la relación entre el empresario y el trabajador sea retribuida, esporádica o habitual⁴⁶¹. Así, diferentes sentencias del Alto Tribunal señalan, de forma reiterada, que la relación de dependencia del art. 1903.IV CC, “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la

⁴⁶⁰ SSTS 16.1.2003 [RJ 2003\6], 13.12.2004 [RJ 2004\7878], 26.9.2007 [RJ 2007\5350], 1.10.2008 [RJ 2009\134] y 14.5.2010 [RJ 2010\3494].

⁴⁶¹ Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Silvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 560 a 585.

apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”⁴⁶².

Un ejemplo, se encuentra en la mencionada STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], en aras a justificar que se da la relación de dependencia entre la organización humanitaria Cruz Roja y un voluntario de dicha organización, un marinero militar, para que responda la primera ante la víctima que ha sufrido los daños causados por el segundo. Para ello, el Alto Tribunal, por un lado, entiende como “empresario” en sentido amplio, es decir, principal, a la institución Cruz Roja y, por consiguiente, como auxiliar al voluntario, aunque no medie entre ellos ningún contrato laboral. De otro, entiende que los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención. En esas labores de supervisión, que, según el Tribunal Supremo no estaban al margen de la dirección, control y vigilancia de Cruz Roja, fue cuando el marinero realizó la novatada. Y añade la STS 1.6.2010 [RJ 2010\2659]⁴⁶³, que el precepto puede tener aplicación en cualquier “relación jurídica o de hecho”.

Por consiguiente, es claro que la relación de dependencia puede aplicarse fuera de los límites del ámbito contractual, ya que lo que vincula

⁴⁶² SSTS 3.4.2006 [RJ 2006\1916], 26.9.2007 [RJ 2007\5350] y 6.5.2009 [RJ 2009\2914] entre otras.

⁴⁶³ Efectivamente, este argumento lo utiliza el Tribunal Supremo en esta sentencia, en aras a determinar si existe responsabilidad civil de TVE, S.A., cuando en un programa televisivo emitido por la propia cadena en directo, algunos de sus empleados imputan a una persona inocente, mediante un rótulo, haber incendiado la casa de su mujer. El Tribunal Supremo alega que para la existencia de una relación jerárquica o de dependencia “no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno a los casos de que haya una relación de carácter laboral, o de jerarquía o subordinación, ya que puede tener lugar en el ámbito de relaciones arrendaticias, o de otros tipos contractuales o de relación jurídica o de hecho. Se comprenden todos aquellos supuestos en que la persona a quien se imputa la culpa “in vigilando” tiene o se reserva la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otro”.

no es la naturaleza de la relación, sino la existencia de la misma⁴⁶⁴. Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma que existe dependencia cuando el causante directo del daño se encuentra sometido al control, dirección o instrucciones del empresario.

Del mismo parecer es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que también entiende en sentido amplio la relación de dependencia en los mismos términos que lo hace la Sala Primera⁴⁶⁵. En efecto, conforme reiterada jurisprudencia, para que proceda declarar esta responsabilidad civil subsidiaria, es preciso 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 conformidad⁴⁶⁶. Es decir, lo que cuenta es que el causante directo del daño se encuentre sometido a un efectivo poder de control, como mínimo

⁴⁶⁴ Pérez Conesa, “Novatada y responsabilidad por culpa “in vigilando”. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494)”, cit., p. 2.

⁴⁶⁵ Así, por ejemplo, la STS, 2ª, 31.10.2002 [RJ 2002\9912], señala que viene exigiendo para la existencia de la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120.4 CP, “según conocida y reiteradísima jurisprudencia, ya existente a propósito del artículo 22 CP anterior, y *que viene interpretando estas normas con criterios amplios y flexibles* (énfasis añadido), lo que es posible por la naturaleza estrictamente civil del contenido de estas disposiciones, pese a estar contenidas en el Código Penal, que entre el responsable penal y el responsable civil subsidiario *exista un vínculo, relación jurídica o de hecho*, en virtud del cual el autor de la infracción punible se halle bajo *la dependencia (onerosa o gratuita, duradera y permanente o más o menos circunstancial y esporádica) de su principal* (énfasis añadido), o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito o anuencia del supuesto responsable civil subsidiario”. También, las SSTS, 2ª, 22.9.2000 [RJ 2000\8070], 22.7.2003 [RJ 2003\6054], 19.7.2005 [RJ 2005\6540], 19.6.2008 [RJ 2008\3666] y 17.3.2010 [2010\4499], entre otras.

⁴⁶⁶ Miguel Ángel Encinar del Pozo, “Las empresas de trabajo temporal y la responsabilidad civil derivada de delito”, BIB 2011\1828, Pamplona, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 832, 2011, p. 6. Para un estudio jurisprudencial más exhaustivo, véase Surroca Costa, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos, y Administración Pública*, cit., pp. 211 y ss.

potencial, por parte de su principal, no sólo sobre la tarea que ha de realizar, sino también sobre el modo de llevarla a cabo⁴⁶⁷.

2.3.2. El caso especial de las prestaciones de cortesía

Ya se apuntaba en este trabajo, en concreto cuando se explicaba el concepto amplio de dependencia⁴⁶⁸, que las situaciones de encargos familiares, situaciones de amistad o relaciones de favor, benevolencia o buena voluntad, presentaban una problemática a la hora de determinar si el principal puede llegar a asumir responsabilidad por los hechos ajenos de un amigo, vecino, etc. En el presente apartado, pues, se intentará dar respuesta a esta problemática.

Se parte de que existe relación de dependencia cuando el auxiliar realiza cualquier trabajo, función o tarea, siempre que cuente con la autorización, beneplácito o voluntad del principal. De hecho, dependencia significa, a fin de cuentas, obrar por cuenta de otro⁴⁶⁹. Pero es bien sabido, que este tipo de relaciones no se regulan por el Derecho laboral (art. 1.3, letras d) y e) del Estatuto de los Trabajadores). Esto hace cuestionarse si debe considerarse como empleadores a los amigos, vecinos, etc., y por consiguiente, empresarios a cualquier persona que dé instrucciones a otra sin que medie contratación alguna. Si atendemos a la concepción amplia del concepto de dependencia en estos supuestos, para poder aplicar la responsabilidad civil *ex art. 1903.IV CC*, la respuesta debe ser afirmativa, por lo que responderán civilmente los amigos o vecinos como principal por los daños causados por los auxiliares, en aras a las instrucciones dadas por

⁴⁶⁷ Salvador Coderch / Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p. 14.

⁴⁶⁸ En concreto, *vide supra* apartado II.1. de este mismo capítulo.

⁴⁶⁹ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p.193.

éstos, siempre, claro esté, se cumplan todos los presupuestos del referido artículo⁴⁷⁰. Por lo que la dependencia no queda excluida a los efectos de la responsabilidad civil. Pero, a mi entender, es necesario matizar esta dependencia.

Para el derecho norteamericano, tal y como indica el comentario d) al § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, “el hecho de que un agente actúe de manera gratuita no libera al principal de responsabilidad vicaria, cuando el principal controla o tiene el deber de controlar la forma y medios para el cumplimiento del encargo por parte del agente”⁴⁷¹.

Del mismo modo, el art. 1384(5) *Code Civil* francés crea un régimen de responsabilidad objetiva para el principal, en las situaciones en que una persona realiza actividades para otro como subordinado suyo. Para que nazca esta responsabilidad no se requiere un contrato entre las dos partes⁴⁷². Es más, los tribunales se inclinan por una interpretación amplia de la norma y la aplican a situaciones en las que alguien ha prestado un servicio amistoso y gratuito a otro⁴⁷³.

La opinión general es que alguien está subordinado si está obligado a seguir las instrucciones de otra persona, lo que implica que el otro tiene la

⁴⁷⁰ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 203 y ss.

⁴⁷¹ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., p. 210.

⁴⁷² Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage caused by others”, en J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage caused by Others*, cit., p. 306.

⁴⁷³ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 506. Recientemente, la propuesta de revisión francesa de la responsabilidad civil del empresario ya comentada, la cual sigue esta línea de cubrir bajo este régimen el trabajo sin contrato, es decir, a quien echa una mano entre los vecinos o el servicio de familiares, así como los trabajos ocasionales, incluidos la puesta a disposición del personal. Véase al respecto Outin-Adam, “Responsabilité des employeurs et salariés”, en François Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, cit., p. 160.

autoridad para darlas. Esta regla se aplica también fuera del contexto de las situaciones de empleo. En general, el énfasis no está en el criterio legal de “empleo”, sino más bien en el criterio más objetivo de subordinación o, lo que es lo mismo, en la autoridad del principal para dar instrucciones. Por lo que la responsabilidad “del empresario” también puede aplicarse fuera de las relaciones laborales. Francia, como se ha visto, y Alemania, parecen ir un paso más en este sentido que Inglaterra, ya que aplican la regla cuando alguien realiza una tarea gratuita para un vecino o un amigo. Así, si se causa un daño a un tercero, el vecino o el amigo es objetivamente responsable (en Francia) o es responsable por culpa (en Alemania)⁴⁷⁴.

No obstante, tal y como se ha reflejado ya en este capítulo, a pesar de las restricciones en este ámbito del derecho inglés que solía circunscribir el régimen de responsabilidad vicaria del “empleador” por los hechos de sus “empleados” dentro de un contrato de trabajo, últimamente, voces doctrinales inglesas y jurisprudenciales ante casos de difícil solución por ese sistema encorsetado, empiezan a ampliar la aplicación de esta responsabilidad, como por ejemplo, en las organizaciones sin ánimo de lucro, tales como el Estado, las ONG, las organizaciones de caridad, etc. De ahí que, la responsabilidad vicaria, no se ciña sólo a los casos de responsabilidad del principal, sino que amplía el régimen a casos de dependientes que actúan más allá de una relación contractual, en el marco de las relaciones de hecho o voluntarias. Por lo que lo fundamental no es tanto el contrato que pueda existir entre las dos partes demandadas (principal y auxiliar), como la existencia de un control y dirección del principal, es decir, de la existencia de una relación de dependencia⁴⁷⁵.

En efecto, existen tipos de organizaciones en las que la participación de los auxiliares se vehicula a través del voluntariado, sin que exista una

⁴⁷⁴ Garland-Carval, “Comparative report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300. Véase también Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 515.

⁴⁷⁵ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 622 y ss.

vinculación contractual entre éstos y la organización, gozando los auxiliares de un elevado grado de autonomía. Todo ello, incrementa las dificultades para que, quienes actúan como principales, puedan aportar prueba clara de su diligencia en el cumplimiento de eventuales tareas de dirección, selección, instrucción o control de sus auxiliares⁴⁷⁶. Sería extraño que la empresa pudiera entonces liberarse de responsabilidad por los actos ilícitos de los voluntarios por el hecho de no existir un contrato entre ambas partes. Por consiguiente, ampliar los casos en las relaciones de hecho o voluntarias dentro del régimen de responsabilidad vicaria, parece más acorde con la realidad social y empresarial actual, ya que la misma no se funda sobre la base de la existencia de un contrato como hacía primeramente, sino más bien en el control y la atribución⁴⁷⁷.

Interesante es la redacción del art. 6:102 (1) PETL⁴⁷⁸, que lleva a pensar que sólo se aplica en casos de responsabilidad entre empleador y empleado en sentido literal. Pero, tal y como comenta el Grupo, esto no es así, ya que “el uso del término *auxiliar* revela que la norma se puede aplicar no sólo al mundo de los negocios sino también al ámbito doméstico [...]. Esto significa, pues, que un auxiliar puede ser tanto un empleado como cualquier persona que actúa con ánimo de ayudar y bajo la supervisión del demandado. [...] la mayoría de los ordenamientos apoya una interpretación amplia del término *empleo* que engloba el caso del que ocasionalmente echa una mano, sea gratuitamente o no, por simple amabilidad o esperando que también le echen una mano a cambio”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 36 y ss.

⁴⁷⁷ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 623 y 624.

⁴⁷⁸ Art. 6:102 (Responsabilidad de los auxiliares): "(1) una persona responde por el daño causado por sus auxiliares en el ejercicio de sus funciones siempre que éstos hayan violado el estándar de conducta exigible".

⁴⁷⁹ Olivier Moréteau, *Introducción Responsabilidad por otros*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín-Casals, cit., p. 162.

Estos comentarios no están nada lejos de lo que sucede en el Derecho español, tal y como refleja la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], sobre la responsabilidad civil de la organización Cruz Roja por los actos ilícitos de un voluntario, acabada de esgrimir, y en la que se citan los PETL. En el ordenamiento jurídico español, ni siquiera es necesario que la dependencia se origine en un contexto contractual⁴⁸⁰, como ocurre con las relaciones entre familiares, amigos o vecinos que, ocasionalmente, se prestan servicios no remunerados⁴⁸¹. Así lo refleja la jurisprudencia del Tribunal Supremo que confirma que existe dependencia cuando el causante directo del daño se encuentra sometido al control, dirección o instrucciones del empresario, en el mismo sentido que se pronuncia la responsabilidad vicaria. Es más, la responsabilidad que puede llegar a asumir el empresario derivada de los encargos familiares, situación de amistad o relaciones de favor que evidentemente quedan fuera del ámbito laboral, tal y como hemos apuntado anteriormente, el Tribunal Supremo ha llegado a considerar que resultan dignas de tener en cuenta por la dependencia que del principal tiene la persona causante directa del daño. Así, afirma que no es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga carácter jurídico concreto ni, menos aún, que se corresponda con una determinada categoría comercial. Así mismo, es irrelevante que tal relación sea más o menos estable o más o menos transitoria u ocasional, sino que basta con que exista una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una posible intervención del segundo⁴⁸².

En efecto, lo importante es que la actividad o el servicio que realice el auxiliar beneficie al principal, y que el auxiliar actúe conforme las instrucciones y bajo el control de éste. Así lo defiende el profesor Solé

⁴⁸⁰ Von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

⁴⁸¹ Martín-Casals, “*La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)*”, en Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508.

⁴⁸² Cremades García, “*La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes*”, cit., pp. 164 y ss.

Feliu⁴⁸³ en los casos de favores personales, amistosos o espontáneos, el cual entiende que cuando no se dieran ambos extremos deberían representar un límite a la responsabilidad civil del art. 1903.IV CC. Cuando sea así, para este autor, es claro que no todo el mundo puede o debe ser principal y, en consecuencia, auxiliar. Por lo que estos supuestos no deberían introducirse dentro del marco de la responsabilidad civil por hecho ajeno del Código civil, cuando el principal no obtenga un beneficio con la actuación del auxiliar, ni medie ningún tipo de control ni dirección.

Este autor ampara su opinión en los llamados Principios de responsabilidad civil aprobados por el *Study Group On a European Civil Code*, en el marco del *Common Frame of Reference* (DCFR), que también aplican, como los PETL, una responsabilidad vicaria al principal por los daños causados por sus auxiliares. Y, en concreto, a los comentarios correspondientes al art. VI 3:201 (1) DCFR⁴⁸⁴, cuando señalan que debería existir dicha responsabilidad sólo en las prestaciones o servicios que se realizan dentro del marco de las relaciones contractuales o, como mínimo, en las cuasi contractuales, quedando excluidos del régimen de responsabilidad vicaria los actos amistosos, personales, etc., que se prestan las personas en la vida diaria⁴⁸⁵. El criterio decisivo para aplicar la responsabilidad del art. 1903.IV CC es si la actividad que lleva a cabo el amigo o el familiar es del tipo de esas que normalmente se hacen para retribución profesional, no para benevolencia, es decir, que la actividad tenga un contenido patrimonial. Lo relevante es que el servicio beneficie al

⁴⁸³ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 17 y 18.

⁴⁸⁴ La redacción del Art. VI 3:201 (1) DCFR dice así: “Quien emplea o de un modo similar toma a otro a su servicio responde por la causación de un daño jurídicamente relevante sufrido por un tercero si la persona empleada o a su servicio: (a) ha causado el daño en el desempeño de su empleo o servicio; y (b) ha causado el daño dolosa o negligentemente, o si le es imputable la causación del daño por cualquier otra razón”. Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law, Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), cit., p. 636.

⁴⁸⁵ Véase Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 18.

principal, y que el auxiliar actúe conforme las instrucciones y bajo el control del primero.

Buen ejemplo de ello es la STS 16.5.2003 [RJ 2003\3816], aun y no tratarse de un caso de responsabilidad por hecho ajeno. La misma versa sobre determinar la posible responsabilidad de un vecino por la caída sufrida por otro vecino cuando le podaba un árbol por razón de buena vecindad. El Tribunal acertadamente señala, por un lado, que la buena vecindad carece de base negocial o pactada de la que pueda derivar la responsabilidad contractual. De otro, también aprecia la inexistencia de responsabilidad extracontractual por la acción que cometió el propio actor que le provocó la caída, ya que no cobró nada y mediaba el consentimiento de su vecino demandado. Por lo que no existe culpa o negligencia por parte del vecino demandado ni relación causal entre ambos. Y la relación de hecho tampoco existe en el caso por no mediar instrucciones, ni control, ni ningún tipo de supervisión entre ambas partes. Mientras que, *a sensu contrario*, la STS, 2a, 9.12.1992 [RJ 1992\10025], al darse los dos ítems que apuntaba el profesor Solé Feliu, el beneficio del principal por el cumplimiento de sus órdenes e instrucciones, el Alto Tribunal establece la responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC, de los titulares de un bar como responsables civiles por el homicidio causado por uno de sus empleados, y considerado así porque cualquiera que fuera el título que justificó el acogimiento y presencia del acusado en el bar – el empleado tenía su alojamiento en el propio edificio del bar–, lo cierto es que sus titulares se aprovechaban de sus actividades de guarda, limpiador e incluso de camarero del local, por lo que deben soportar las consecuencias dañosas que de aquellas dedicaciones o colaboraciones pudieran derivar, pues está claro que sus servicios redundaban en beneficio de éste y bajo su supervisión.

Efectivamente, el Tribunal Supremo, en ambas Salas, abandona la inclusión de las relaciones de buena vecindad dentro de la responsabilidad civil como también de la contractual, por entender que no hay ni base negocial ni un trato cuasi contractual. El motivo radica en que el propio

fundamento de las relaciones de complacencia, claramente excluye la voluntad de establecer una relación precisamente jurídica entre las partes⁴⁸⁶. A menos, claro está, que quien instruya u ordene un servicio o una actividad a otra persona y se beneficie de ello y cause un daño a tercero, deberá responder por hecho ajeno ante la víctima.

A) *LOS SUPUESTOS DE PRÉSTAMO DE VEHÍCULO*

No obstante, en alguna ocasión, el Tribunal Supremo y algunas Audiencias Provinciales, estimaron la existencia de relación de dependencia en supuestos relativos al préstamo de vehículos entre parientes o similares, a través del uso del concepto amplio de dependencia, para condenar civilmente al principal por el artículo 1903.IV CC⁴⁸⁷. Por lo que parece, que en estos casos, no se excluye la relación de dependencia⁴⁸⁸. Como ejemplos, se encuentran las SSTS 23.9.1988 [RJ 1988\6854], 8.5.1990 [RJ 1990\3690] y 30.12.1992 [RJ 1992\10565] relativas a la cesión de vehículos entre padre e hijo, la primera, o entre primos, las dos últimas, en las que se ha llegado a estimar la existencia de relación de dependencia en supuestos de comodato, para justificar la aplicación del art. 1903 CC por el carácter “cuasi-negocial” de la relación. De este modo, se hace responder al propietario del vehículo de motor, por los daños causados por el conductor a quien le cedió su uso gratuitamente. Al no exigirse, en ese momento, que la relación de dependencia redundase en beneficio del principal, se incluían las meras

⁴⁸⁶ Pablo Salvador Coderch / Sonia Ramos González, “Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados. Comentario a la STS, 1ª, 17.7.2007 (RJ 2007\4895)”, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 2/2008, p. 9.

⁴⁸⁷ Por todo ver Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 270 y Bercovitz Rodríguez, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2161.

⁴⁸⁸ Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 560 a 585.

relaciones de complacencia y buena vecindad. El motivo, tal y como acertadamente apunta el profesor Solé⁴⁸⁹, es que en estos supuestos de hecho a que se refieren las sentencias, la calificación dada por el Tribunal Supremo era más bien forzada, e incide que debe primar el contenido patrimonial de la actividad que lleva a cabo el amigo o el familiar. Es decir, la actividad se ha de hacer para retribución profesional y no para benevolencia.

Es más, no hay que perder de vista, que estas resoluciones responden a razones históricas, cuando la Ley 1/1991, de 7 de enero, de *modificación de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado*⁴⁹⁰, suprime un quinto inciso del artículo 1903 de nuestro Código Civil, que hacía responsable al Estado por los actos realizados por funcionarios o por personas de las que éste se valía, para quedar sujeta posteriormente esta responsabilidad a la Ley General sobre la Administración⁴⁹¹, con la conocida regla de la responsabilidad por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, quedando abierta la cuestión relativa a si la enunciación del artículo 1903 era cerrada y exhaustiva o si, por el contrario, permitía alguna ampliación extensiva o analógica⁴⁹².

La doctrina española es unánime al afirmar que los supuestos que menciona el art. 1903 CC son taxativos y, por consiguiente, no admiten

⁴⁸⁹ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 18 y ss.

⁴⁹⁰ BOE núm. 7, de 8 de enero de 1991.

⁴⁹¹ Artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27 de noviembre de 1992).

⁴⁹² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. V., *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, Civitas, 2011, p. 378 y ss.

ningún tipo de ampliación⁴⁹³. Así mismo, la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1969, tuvo ocasión de hacer suyo este criterio⁴⁹⁴. Sin embargo, una sentencia posterior del Alto Tribunal se orientó en otra dirección. Se trata de la STS 23.2.1976 [RJ 1976\880], en la que se responsabiliza a la propietaria de un automóvil por los daños que al volante del mismo causa su novio, a través de aplicar criterios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, interpretativo del art. 22 del Código Penal, que defiende una responsabilidad subsidiaria de claro matiz objetivo.

Es claro que en el caso de autos no se trata de la aplicación del art. 22 CP, sino de la del art. 1903 CC que define una responsabilidad directa y de matiz subjetivo, y que exige la existencia de una relación laboral, familiar, etc., es decir, de dependencia o subordinación, que permita al familiar o empresario responsable civil, poder ejercer el derecho de repetición *ex* art. 1904.I CC. El consentimiento tácito que usa el Alto Tribunal para declarar la responsabilidad civil de la propietaria para dejar el coche propio, no puede originar una relación de la misma entidad que la familiar o la laboral, suficiente para engendrar una responsabilidad⁴⁹⁵.

Efectivamente, en los supuestos del artículo 1903.IV CC, se observa que existen unas relaciones jurídicas determinantes de un nexo de dependencia o jerarquía que permite a otro dar órdenes e instrucciones. Por lo que para poder extender el principio de responsabilidad por hecho ajeno a otros supuestos distintos a los contemplados específicamente en el precepto, ha de darse necesariamente la dependencia. En consecuencia, el carácter taxativo del artículo 1903 CC, hace difícil que haya otros supuestos que

⁴⁹³ Ricardo de Ángel Yágüez, “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2007.

⁴⁹⁴ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. V., La Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., p. 380.

⁴⁹⁵ Ricardo de Ángel Yágüez, *Tratado de Responsabilidad Civil*, cit., p. 330.

puedan incluirse en él, por ser difícil de encontrar situaciones en las que el responsable tenga un eventual control y jerarquía, cosa que sin duda no ocurre en el caso del comodato de la STS 23.2.1976 [RJ 1976\880], y tampoco en las prestaciones de cortesía sin base contractual o cuasi contractual.

No obstante lo anterior, aun hoy algunas Audiencias Provinciales, siguen incluyendo dentro de la responsabilidad aquiliana las meras relaciones de complacencia y buena vecindad, a mi parecer con desacierto. Es claro que no existe dependencia entre el cedente del vehículo y el pariente o amigo cesionario que lo conduce ocasionalmente por el motivo que sea, mediando relación jurídica (comodato o préstamo gratuito), o sin ella (cuando, por ejemplo, el titular de vehículo no puede conducir por estar ebrio y es otro quien conduce el vehículo). Sin embargo, para conseguir que la víctima obtenga una indemnización, los tribunales inventan la existencia de dependencia para que responda el titular del vehículo por el artículo 1903.IV CC, y con ello, a la compañía aseguradora del mismo, cuando el causante del daño es insolvente⁴⁹⁶.

Para resolver esta problemática, hoy día existen dos normas distintas que permiten prescindir del elemento de la dependencia y, en consecuencia, no hacer responder civilmente por el artículo 1903.IV CC a quien presta gratuitamente un vehículo de motor por los daños causados por el conductor. De un lado, el actual artículo 120.5 CP⁴⁹⁷ establece una responsabilidad civil objetiva, puesto que no está modulada por la posibilidad de la prueba de que empleó la diligencia debida. Es decir, no hay referencia alguna a la culpa del titular del vehículo, por lo que prescinde del

⁴⁹⁶ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 297.

⁴⁹⁷ “Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 5. Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas”.

elemento de la dependencia al establecer una responsabilidad por riesgo del propietario. Así mismo, este artículo consagra una responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos por los delitos cometidos por sus dependientes o representantes, así como de cualquier persona autorizada por ellos, cuando éstos sean insolventes⁴⁹⁸. De otro, el Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* (en adelante LRCSCVM)⁴⁹⁹, en concreto en su artículo 1.1 párrafo quinto, sí hace referencia a la culpa del titular del vehículo al citar que, “*esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”. Por lo que es claro que este apartado declara la responsabilidad civil del dueño del vehículo, haya o no cometido delito el conductor, en base a una culpa presunta.

La trayectoria jurisprudencial de la responsabilidad del amo del vehículo no ha sido pacífica. Primeramente, antes de los años ochenta, la Sala Segunda del Tribunal Supremo entendía que no suponía una relación de dependencia los vehículos dejados en comodato, por lo que no se podía aplicar el derogado artículo 22 CP en la persona del propietario del vehículo. Pero fue tal vez el influjo de la importante STS 23.2.1976 [RJ 1976\880] de la Sala Primera ya comentada, “la que provocó un cambio de orientación verdaderamente copernicano”⁵⁰⁰. En efecto, la sentencia recuerda que la relación en la que se basan los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno comenzaron siendo “de dependencia familiar o laboral, después pasó a ser de beneficio económico o espiritual, y *ahora basta con que simplemente exista* (énfasis añadido) sin que sea necesariamente de

⁴⁹⁸ Surroca Costa, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos, y Administración Pública*, cit., p. 296.

⁴⁹⁹ BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004.

⁵⁰⁰ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 298.

naturaleza jurídica, ni típica, gratuita o remunerada, permanente o transitoria, con el solo condicionamiento que la actividad de la persona esté, al menos potencialmente, sometida a la posible intervención de quien haya de ser responsabilizado, sin necesidad tampoco de previa relación laboral y aunque se trate de relaciones esporádicas, transitorias y gratuitas, porque *lo que vincula no es la naturaleza de la relación, sino el hecho de su existencia* (énfasis añadido)”.

No obstante, la propia jurisprudencia penal a partir de los años setenta poco antes de la sentencia de la Sala Primera, estableció que desde el momento en que el propietario deja el automóvil al conductor causante del daño, ya tiene su autorización para usarlo, ya sean casos de cesión amistosa ya de cesión entre cónyuges o parientes⁵⁰¹. Ahora bien, si esta autorización es genérica, es decir, si el vehículo es cedido de manera permanente y no esporádica, se aplica la llamada “renuncia abdicativa”, lo que provoca que no deba responder civilmente el titular del vehículo por la evidente falta de control. No puedo estar de acuerdo en que se aplique solamente la renuncia abdicativa en los casos en que haya una cesión permanente. A mi parecer, si hay una cesión ocasional diligente del cedente, tampoco debería responder.

Pero aún hoy no termina de imponerse el sentido común. Así lo refleja la reciente SAP de Las Palmas de 31.5.2011 [JUR 2011\247284]⁵⁰², en la que se hace responder a un padre propietario de un vehículo por cederlo gratuitamente a su hijo, por los daños ocasionados a un tercero. En este caso, el padre no dio autorización alguna al hijo, pero el tribunal entiende que tácitamente sí lo hizo. La Audiencia Provincial argumenta que “[P]ara aquellos otros casos que no llegan a tener encaje en el precepto legal, como sería el caso de la cesión gratuita, se ha de seguir acudiendo a la

⁵⁰¹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 298. Este autor hace un análisis pormenorizado de las sentencias penales desde los años sesenta hasta los ochenta.

⁵⁰² En el mismo sentido, SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 22.5.2001 [JUR 2001\245213], entre otras.

jurisprudencia anterior sobre el artículo 1903 del Código Civil, que aplicando las normas de la responsabilidad por el hecho del dependiente, en aras del logro de una justicia material, interpreta esa responsabilidad vicaria de una forma extensiva, jurisprudencia que sigue siendo plenamente vigente (...) en aquellos casos en que se aprecie culpa del propietario en la cesión o autorización para la utilización del vehículo, por culpa "in vigilando" o "in eligendo", (...) ya se interprete, con base en parámetros más objetivos, en el sentido de que el que autoriza a un extraño a conducir su automóvil asume de esta forma los riesgos inherentes a la circulación”.

Esto es lo que ha venido sucediendo hasta ahora, pero es claro que esta doctrina carece de fundamento jurídico, al construir sobre un concepto de dependencia “hecho a medida” una responsabilidad que en realidad no tiene otra justificación que la existencia de una cosa peligrosa sometida al potencial control de su dueño⁵⁰³. Por lo que no se puede aplicar al caso el artículo 1903.IV CC, al no existir dependencia entre el propietario del vehículo y su hijo, ya que éste lo ha utilizado para su propio beneficio. La Audiencia Provincial para decretar la existencia de la relación de dependencia, fuerza la existencia de ésta señalando que el padre dio su consentimiento tácitamente.

En efecto, la responsabilidad establecida en el párrafo 4º del art. 1903 CC requiere, como presupuesto indispensable, una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y el principal, por lo que, a mi entender, un consentimiento tácito no puede engendrar la existencia de una dependencia. Por consiguiente, esto implica que el principal, no puede asumir las obligaciones que puedan surgir por la realización de unos daños a tercero. Es más, el consentimiento tácito no puede existir cuando el hijo coge el coche contraviniendo la prohibición que le imponía el padre. Es de la misma opinión la SAP de Córdoba de 20.1.2003 [AC 2003\176], que

⁵⁰³ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 299.

señala la inexistencia de responsabilidad civil del dueño del vehículo, por no existir ninguna autorización por parte del propietario hacia el causante del daño y, por lo tanto, por la falta del requisito imprescindible de la relación de dependencia⁵⁰⁴.

Por lo que, en esta sentencia, se está ante un acto individual del hijo completamente desvinculado del padre, y la sola dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad civil. Este hecho quedó confirmado en el supuesto fáctico, ya que en el juicio, el propio hijo, mintió al declarar que no había estado en el lugar de los hechos y fueron los testigos oculares que lo situaron allí y al coche, porque vieron como éste, intentando aparcar el mismo, causó daños a otro vehículo que ya estaba aparcado. Por ello, es claro que no existe relación de dependencia y, por consiguiente, no se puede aplicar el artículo 1903.IV CC. Lo reafirma, en esta ocasión, la SAP de Castellón de 28.4.2000 [AC 2000\1013], que establece, sobre un caso de accidente de circulación, la posibilidad de incluir por analogía, tanto para el comodato como cualquier cesión gratuita o temporal de un automóvil o su utilización con la anuencia de su titular, dentro del art. 1903 del CC, pero supeditado a la necesaria e inexcusable existencia de dependencia. Por ello, la Audiencia Provincial acude a la doctrina del Alto Tribunal y, en concreto, de la STS 19.7.1996 [RJ 1996\5802], que a su vez cita la STS 23.2.1976 [RJ 1976\880], en la que se indica que “en el caso que nos ocupa, ni se especifica el párrafo de dicho artículo que se considera infringido, *ni consta relación de dependencia alguna, ni aun analógicamente, para aplicar el párrafo 4.º, pues falta el presupuesto inexcusable de una relación jerárquica para la responsabilidad*

⁵⁰⁴ Concretamente la Audiencia señaló que “la responsabilidad civil que proclama el artículo 1903 del Código Civil requiere la existencia de una situación de dependencia o subordinación entre el autor material y la persona cuya responsabilidad se solicita, que aquí no existe. (...) no consta acreditado que la conducta de esa tercera persona fuese autorizada ni expresa ni tácitamente por parte del propietario del vehículo. El artículo 1903 del Código Civil implica una relación de dependencia entre el que realiza la acción y el que responde de lo realizado por el mismo, una culpa «in eligendo» o «in vigilando», que nunca podrá predicarse de lo que pudiera decirse de un mero descuido”.

por hecho ajeno o indirecta, presuuesto inexcusable aunque se acudiese a la responsabilidad por riesgo (énfasis añadido)”.

Así, en mi opinión y de acuerdo con la doctrina científica, lo más acertado es regular estos supuestos en base a la LRCSCVM en su artículo 1.1 párrafo quinto, o bien por el artículo 120.5 CP cuando a consecuencia de un accidente de circulación se produzcan lesiones personales⁵⁰⁵, ya que es el reconocimiento expreso que libera de preguntarse si el artículo 1903 CC constituye una lista cerrada de supuestos o no⁵⁰⁶. El problema radicaba en que “la inexistencia de una norma positiva que estableciera esta forma de responsabilidad objetiva degeneraba forzosamente en los retorcidos argumentos jurisprudenciales”⁵⁰⁷. En la actualidad, está superada esta jurisprudencia de que el propietario deba responder por los daños causados en un accidente de circulación, aunque el vehículo fuese conducido por una persona que no estuviese bajo su tutela o dependencia⁵⁰⁸. Y debe entenderse esta responsabilidad, por parte de los Tribunales, en clave de culpa, tal y como lo establece la propia LRCSCVM, que permite la posible exoneración del propietario del vehículo si demuestra que actuó diligentemente, así como la doctrina científica, al defender que no puede afirmarse que el propietario que deja su vehículo a un familiar o un amigo capacitado y prudente para la conducción deba responder, en caso de accidente imputable al conductor, por su culpa en elegir de forma errónea a la persona a la cual dejó el vehículo, por lo que menos aún deberá hacerlo si no ha existido dicho

⁵⁰⁵ Gómez Calle, “Los sujetos de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, cit., p. 156.

⁵⁰⁶ Fernando Reglero Campos, “Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1988”, *CCJC*, núm. 18, septiembre/diciembre, 1988, pp. 850 y ss., el cual argumenta que “el propietario-no empresario del vehículo debe ser responsable de los daños causados por éste aunque sea conducido por otra persona, siempre que lo sea con su autorización o conocimiento”.

⁵⁰⁷ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 299.

⁵⁰⁸ Reglero Campos, “Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1988”, cit., pp. 850 y ss.

consentimiento. Así, cuando se demuestre que el vehículo se ha utilizado contra su voluntad o, simplemente, sin su autorización, quedará exonerado de responsabilidad⁵⁰⁹.

Otro argumento que refuerza el descarte de la aplicación del comodato dentro del artículo 1903 CC, es la falta de todo interés económico del propietario en el uso privativo del coche. El hecho de que tampoco se está ante una gestión de negocios ajenos, hace patente la falta de relación de dependencia por lo que no se puede apreciar en ningún caso, la responsabilidad civil del artículo 1903.IV CC. No obstante, algunos autores entienden⁵¹⁰, que cuando la jurisprudencia admite que la falta de remuneración no es suficiente para negar la relación de dependencia, está admitiendo el Tribunal que no toda prestación de cortesía ha de ser excluida de los supuestos de hecho que generan responsabilidad civil. Aunque sea cierto, esta teoría de finales de los setenta y principios de los años ochenta, no puede ser plausible hoy, porque es necesario que también medie por parte del responsable civil, en las relaciones de amistad, de favor, de buena voluntad o encargos familiares, una dirección, instrucción o supervisión sobre la persona que causa el daño, ya que este ítem hace que nazca, junto al propio beneficio, el criterio decisivo de la relación jerárquica o de subordinación entre el causante del daño y el principal.

Esta doctrina refuerza y confirma la idea que apuntaba el profesor Solé Feliu, cuando señalaba que los casos de falta de remuneración deben de representar un límite a esta responsabilidad⁵¹¹. Es decir, tan sólo debe existir

⁵⁰⁹ Fernando Reglero Campos, *La responsabilidad civil del propietario del vehículo a motor*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, p. 215. Por un estudio jurisprudencial más exhaustivo, véase Surroca Costa, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos, y Administración Pública*, cit., pp. 260 y ss.

⁵¹⁰ Véase por ejemplo Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 164.

⁵¹¹ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 18.

ésta en las prestaciones o servicios que se realicen dentro del marco de las relaciones contractuales o, como mínimo, en las cuasi contractuales, quedando excluidos tanto del régimen de responsabilidad vicaria como de responsabilidad presunta del artículo 1903.IV CC, los actos amistosos, personales o de benevolencia que se prestan las personas en la vida diaria, a menos, claro esté, que el principal obtenga algún beneficio y medie algún tipo de control, instrucción o supervisión por su parte sobre el auxiliar. Por lo que creo que en los supuestos en los que el Tribunal Supremo español aplica el art. 1903.IV CC así como algunas Audiencias Provinciales a situaciones en que es discutible apreciar la existencia de una relación de dependencia, como es el caso de la cesión gratuita entre parientes o amigos de un vehículo, hasta que no cambie su doctrina, debe tratarse de un supuesto excepcional, que no debe generalizarse.

Nada más lejos del buen criterio que aplica la mayoría de la doctrina española, al inclinarse a favor del carácter taxativo de los supuestos mencionados en el art. 1903 CC que, por consiguiente, no admiten ningún tipo de ampliación. Por lo que no quedan incluidas en el párrafo 4º del art. 1903 CC, las relaciones de favores personales, amistosas o espontáneas o el supuesto del comodato, o cualquier cesión gratuita o temporal de un automóvil, o su utilización con la anuencia de su titular, siempre y cuando no exista ningún tipo de instrucción ni beneficio por parte del principal y, por consiguiente, cuando no exista una relación jerárquica o de subordinación.

En conclusión, si partimos del concepto amplio de dependencia, y siempre que el principal ejerza instrucciones o control sobre la actividad realizada por el auxiliar y de la que se beneficie, las prestaciones de cortesía tendrán cabida dentro del art. 1903.IV CC. La razón, porque puede apreciarse un vínculo de dependencia o subordinación, tal y como se entiende en la figura del comitente. Si no hay instrucciones por parte de la persona que solicita el favor y solo se beneficia de él, es claro que no hay relación de subordinación, ni tampoco responsabilidad civil. Asimismo, el

Tribunal Supremo en la única sentencia encontrada sobre las prestaciones de cortesía, aunque fuera del ámbito del régimen de la responsabilidad por hecho ajeno, señala que no cabe incluir las relaciones de buena vecindad, en general, dentro de la responsabilidad civil así como de la contractual. La razón estriba en que estas situaciones, claramente, excluyen la voluntad de establecer una relación precisamente jurídica entre las partes. De ahí que, algunos autores apunten, que si no existe una relación contractual o casi contractual, la interpretación literal que están llevando a cabo algunas Audiencias Provinciales de las situaciones de encargos familiares, situaciones de amistad, relaciones de favor, etc., es la de una interpretación torcida del concepto de dependencia cuando deriva de estas situaciones⁵¹², ya que una cosa es que las normas civiles puedan interpretarse de forma flexible, y otra es que la interpretación de la norma llegue a desfigurar los presupuestos exigidos por la misma. Por lo que, es claro, que las mismas no deberían tener cabida en la responsabilidad civil del art. 1903.IV CC, como tampoco la tienen dentro del Derecho laboral.

2.4. Responsabilidad por los hechos de los trabajadores cedidos

Cuando un auxiliar comete un acto ilícito puede que haya más de un principal que deba responder por sus actos. Sería el caso referente a la responsabilidad civil por los hechos de los trabajadores cedidos entre empresas. La problemática, vinculada claramente a la relación de dependencia o subordinación, estriba en determinar cuál de los empresarios, si el cedente, el cesionario o ambos, debe de responder civilmente cuando algún o algunos de éstos trabajadores causan un daño mientras realizan la

⁵¹² Por todo ver Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 270.

actividad encomendada. Salvo algún autor aislado⁵¹³, la doctrina española no se ha planteado el problema de los denominados “*borrowed employees*” o “*casual employees*” del derecho angloamericano. En estos casos, es claro que hay una concurrencia de empresarios cuando se ceden o subcontratan los trabajadores temporalmente entre ellos para desarrollar una determinada tarea, el empresario cedente o “*general employer*” y el empresario cesionario o “*special o temporary employer*”. Así, cuando se genera algún daño por parte de los trabajadores cedidos, hay que preguntarse cuál de estos empresarios tiene que responder ante la víctima vicariamente o por culpa presunta por los hechos de un auxiliar.

La posición dominante en Europa, y que también sigue tanto la jurisprudencia como la doctrina española, es que deberá responder el empresario, ya sea el cedente o el cesionario, que ejerza o retenga las funciones de dirección y supervisión sobre el trabajador que se encuentra cedido⁵¹⁴. La responsabilidad que se atribuya al principal no dependerá de que el auxiliar cedido se halle contratado de manera permanente o temporal, ni si recibe una remuneración o no por las tareas que desempeña. Por lo tanto, el auxiliar podrá ser un empleado pero también quien esté deseoso de

⁵¹³ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 312 y, recientemente, Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 72 y ss.

⁵¹⁴ SSTS 20.5.1986 [RJ 1986\2772], 12.12.1988 [RJ 1988\9427], 28.10.1994 [RJ 1994\7875], 9.7.2001 [RJ 2001\5001]; en la doctrina española ver a Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 315; Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 19 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2059. En derecho comparado, Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303; von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 192, p. 210 y American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. d (2) al § 7.03, p. 154.

ayudar y siempre que actúe bajo la supervisión de quien deba responder⁵¹⁵. Esta solución es coherente con la interpretación amplia y flexible del vínculo de dependencia defendida anteriormente, en clara contradicción con los ordenamientos jurídicos del *common law* en los que, como se verá seguidamente, suelen utilizar factores o criterios concretos que sirven a los tribunales para orientar sus decisiones sobre qué empresario debe asumir la responsabilidad.

Partiendo de esta doctrina de retener el poder real de instrucción y control sobre la actividad del auxiliar, se pueden observar tres soluciones diferentes. La primera de ellas, es que sólo responderá el empleador habitual o general, aunque en el momento de producirse el accidente no tenga materialmente el derecho de control o dirección sobre la actividad de su empleado. Esta sería la línea que siguen algunos ordenamientos jurídicos, como el inglés, que adoptan una presunción *iuris tantum* de responsabilidad del empresario cedente, salvo que demuestre que transmitió totalmente al cesionario el control efectivo sobre el trabajador⁵¹⁶. Pero, será complicado poder desvirtuar esta presunción ya que, actualmente, convertir en responsable vicario al cesionario de los actos del empleado prestado sólo

⁵¹⁵ Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 510.

⁵¹⁶ W.V. Horton Rogers, “Liability for Damage Caused by Others under English Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 71 y Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 510. En el derecho norteamericano, los comentarios al actual § 7.03 *Restatement (Third) of the Law of Agency* (Comentario d (2)), establecen la débil presunción que tiene el empresario cedente (*general employer*) al poder refutar el derecho de controlar a un empleado si demuestra los indicios fácticos de que el derecho ha sido asumido por el cesionario (*special employer*). Pero, aún y tener el cedente esta presunción, es difícil predecir si un determinado conjunto de indicios demostrará que el cesionario asumió efectivamente el derecho de control. Por todo ver, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. d (2) al § 7.03, p. 155.

sucedirá en casos muy excepcionales⁵¹⁷. Así mismo, la regla general en el Derecho alemán atribuye la responsabilidad al empresario cedente, a menos que el trabajador se encuentre totalmente separado de su organización. Por ello, se afirma que si la separación es incompleta, la responsabilidad recaerá sobre ambos empresarios⁵¹⁸.

Para atribuir esta responsabilidad vicaria, los ordenamientos jurídicos del *common law* utilizan una serie de factores concretos y detallados para determinar qué empresario debe soportar la responsabilidad, de entre los cuales destacan, el grado de control que el empresario puede ejercer sobre los detalles del trabajo de un empleado y el tiempo de la obra; la relación entre el trabajo de los empleados y la naturaleza y duración del negocio del empresario especial (cesionario); la naturaleza del trabajo de los empleados y los conocimientos necesarios para llevarlo a cabo; el grado de supervisión normalmente asociado con el trabajo; la identidad de la empresa que suministra el equipo u otros instrumentos necesarios para realizar el trabajo y, por último, quién realiza el pago por el trabajo realizado o el propio despido⁵¹⁹. Por lo que, en la mayoría de casos, se atribuye automáticamente la responsabilidad al empresario cedente, sobre la base de que tiene el derecho exclusivo de control sobre los empleados asignados a trabajar para

⁵¹⁷ Este enfoque sigue la doctrina de la sentencia *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins & Griffiths (Liverpool) Ltd.*, [1947], AC 1. La misma versa sobre un caso de un trabajador portuario que prestaba sus servicios en una empresa estibadora y fue cedido con carácter temporal a otra empresa para llevar una grúa con el fin de descargar material de un buque. En el caso se declaró responsable vicario al empresario cedente con el argumento de que tenía el derecho de control sobre el empleado cedido. Aunque este criterio es erróneo, ya que se demostró que el empresario cesionario tenía el poder efectivo de control sobre el trabajador, porque de hecho estaba dirigiendo las operaciones en el momento en que ocurrió el accidente, pese a ello, éste no respondió y la responsabilidad recayó sobre el empresario general o cedente. Para más información, véase Brodie, "Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability", cit., p. 502.

⁵¹⁸ Para las referencias, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 86 y 88).

⁵¹⁹ Por todos, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. d (2) al § 7.03, p. 154; Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 917; Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, cit., p. 957 y referencias allí citadas.

los clientes de la empresa cesionaria. Esto presupone que las relaciones entre el cedente y el empleado asignado se mantendrán fuertes a pesar de que su emplazamiento esté en el lugar de trabajo del cesionario y, aunque a menudo esté sujeto a un cierto grado de dirección y supervisión de los miembros de la dirección del cedente. Otros argumentos que también reflejan los vínculos entre el cedente y el trabajador cedido son que el primero está en una mejor posición para detectar la aptitud e idoneidad de los posibles empleados; también puede proporcionar la formación de los trabajadores que selecciona para el empleo; puede asignar y proporcionar al empleado el equipo adecuado a utilizar en la realización de las tareas asignadas, así como imponer los requisitos para su uso y mantenimiento, como también proporcionar la cobertura del seguro para las acciones ilícitas que pudiera realizar el trabajador⁵²⁰.

No obstante, para el profesor Solé Feliu, atribuir automáticamente la responsabilidad al empresario cedente es una solución muy excepcional, ya que no valora en cada caso concreto si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, el control lo ejercía efectivamente el empresario cesionario o el cedente. Para solucionar este dilema, recurre a la “doctrina del capitán del barco” (*the captain of the ship doctrine*) del derecho norteamericano. Este autor señala que, cuando un ATS o médico residente contratado por un hospital es cedido a un cirujano independiente para que le asista en una intervención, si el trabajador de manera negligente causa un daño al paciente, la responsabilidad vicaria recae de forma automática sobre el cirujano, en la medida que este tenía la condición de “capitán del barco” durante la intervención, es decir, era quién ejercía el efectivo control sobre la actividad del trabajador, por lo que el hospital, empresario cedente, no tiene que responder⁵²¹.

⁵²⁰ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. d (2) al § 7.03, pp. 154 y 155.

⁵²¹ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 75.

En efecto, esta teoría es a la que recurre el ordenamiento jurídico español y, por consiguiente, hace responder al empresario, ya sea el cedente o el cesionario, que ejerce o retiene las funciones de dirección y supervisión sobre el trabajador mientras se encuentra cedido temporalmente. Precisamente, esta es la solución alcanzada en una reciente sentencia⁵²² en la que el Tribunal Supremo declara la responsabilidad civil subsidiaria de una empresa de trabajo temporal (ETT), por el delito continuado de apropiación indebida cometido por un trabajador cedido a otra entidad mercantil. El Alto Tribunal da prevalencia a la nota de dependencia del trabajador respecto de la empresa que le contrata y que se beneficia de su actividad laboral, es decir, determina la relación de dependencia entre el trabajador cedido y la empresa cedente, la ETT. Para su existencia da tres razones, que son tres de algunos de los criterios apuntados ya en este capítulo para establecer la relación de dependencia⁵²³. En primer lugar, el trabajador está vinculado laboral y contractualmente con la ETT, es decir, la empresa de trabajo temporal es la que selecciona al trabajador y lo contrata. En segundo lugar, la cedente es la obligada a abonar el salario y las cuotas de la Seguridad Social del trabajador. Y en tercer lugar, la empresa de trabajo temporal es la única que tiene capacidad para sancionar y/o despedir al trabajador cedido en caso de comportamiento irregular del mismo⁵²⁴. Atendiendo a estos criterios jurisprudenciales, la empresa cedente ETT es la responsable civil por los delitos cometidos por el trabajador, mientras desarrolla su actividad

⁵²² STS, 2ª, 3.3.2011 [RJ 2011\2507]. Dicha resolución se refiere al supuesto de hecho en que un trabajador de una ETT fue destinado por ésta a prestar sus servicios en una empresa usuaria, concretamente, en el departamento de financiación. Durante el desarrollo de su trabajo, el empleado tenía acceso a las cuentas corrientes de los clientes de la empresa cesionaria, y procedió a realizar diferentes transferencias a cuentas de su titularidad personal. La sentencia condenó al trabajador cedido como autor de un delito continuado de apropiación indebida, debiendo indemnizar a la empresa cesionaria en la cantidad correspondiente, y declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa cedente ETT.

⁵²³ Véase *Supra* apartado 2.1 de este mismo capítulo.

⁵²⁴ Véanse arts. 11.1, 12 y 15.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal (BOE núm. 131, de 2 de junio de 1994). Para un análisis más exhaustivo de este caso, Encinar del Pozo, “Las empresas de trabajo temporal y la responsabilidad civil derivada de delito”, cit., p. 6.

en la empresa usuaria, ya que la misma es quien ejerce el poder efectivo de control.

La segunda doctrina es la que imputa siempre responsabilidad a la empresa cesionaria⁵²⁵, con el argumento de que la empresa cedente carece de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador. Es decir, sólo responderá el empresario temporal, pues generalmente, es quien tendrá real y materialmente el poder de dirección y control sobre la actividad del agente directo del daño. Que esto es un análisis del control, se ve reforzado por el uso de los dictados de la sentencia inglesa *Denning L.J. in Denham v Midland Employers' Mutual Assurance Ltd.*⁵²⁶, al señalar que “si un empresario temporal tiene derecho a controlar la manera en la que un trabajador hace su trabajo, (...) entonces debe ser responsable cuando lo hace tanto de forma correcta como incorrecta. El derecho de control lleva consigo la carga de la responsabilidad”. Así lo refleja también la sentencia comentada de *Hawley v. Luminar Leisure Ltd.*⁵²⁷, en la que pese que el trabajador cedido tenía un contrato como portero con la empresa cedente ASE Security Services Ltd., y no con la cesionaria Luminar, el tribunal lo consideró como empleado de ésta a los efectos de la responsabilidad vicaria, al entender que estaba controlado por la dirección de Luminar y se integraba en su negocio. Es claro que esta sentencia muestra el papel central que tiene el control, porque aun y haber

⁵²⁵ Solución que se encuentra, por ejemplo, en las SSTS 28.2.1983 [RJ 1983\1083], 20.5.1986 [RJ 1986\2772], 12.12.1988 [RJ 1988\9427] y 9.7.2001 [RJ 2001\5001]. En la doctrina, defiende esta posición Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 315.

⁵²⁶ [1955] 2 Q. B. 437, 444.

⁵²⁷ [2006] EWCA Civ 18, IRLR 817. El caso versa sobre una víctima que fue lesionada en el transcurso de una pelea en un club nocturno propiedad de Luminar Leisure. El portero del local lo empujó haciéndolo caer, por lo que se golpeó la cabeza contra el pavimento. Como resultado de ello sufrió fracturas en el cráneo, nariz y mandíbula, así como lesiones graves en el cerebro. La víctima presentó una demanda contra la discoteca, Luminar Leisure y ASE Security Services Ltd., empresa que empleaba al portero.

una empresa que le paga y con la que tiene un contrato de trabajo, deja de ser responsable vicario si deja de tener el control sobre el dependiente⁵²⁸.

Aunque este criterio es el dominante, en el derecho comparado es excepcional atribuir de forma automática la responsabilidad al empresario cesionario, solución que algunos tribunales norteamericanos han adoptado en el contexto de la responsabilidad médica y hospitalaria, en el sentido de que es el cirujano, y no el hospital, quien en el momento de causar el daño ejerce el control sobre la actividad del médico o ATS cedidos, siguiendo la doctrina del capitán del barco anteriormente apuntada⁵²⁹. La razón de asignar esta responsabilidad al cesionario se basa en que éste retiene el derecho y la capacidad para dirigir las acciones específicas del empleado prestado en su lugar de trabajo. Una justificación de este planteamiento es que el trabajador cedido puede retener sólo algunos lazos formales con el cedente,

⁵²⁸ En efecto, esta teoría se fundamenta en el elemento clave del control para determinar la responsabilidad vicaria de los *borrowed employees* y no solo el mero hecho de tener la supervisión. Recientemente, sentencia *Biffa Waste Services Ltd and Another v. Maschinenfabrik Ernst Hese GmbH and others*, [2008] EWCA Civ 1257. Doctrinalmente, Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 629 y ss.

⁵²⁹ En efecto, existen varios ejemplos jurisprudenciales de casos de responsabilidad por negligencias médicas que ilustran el hecho de la especificidad de estos casos de los *borrowed employees*, independientemente de la formulación doctrinal que aplican los tribunales. En ellos se indica que la responsabilidad vicaria se puede cambiar al empresario temporal sobre la base de que tenía derecho a controlar las actividades específicas del trabajador cedido, por lo que los elementos o criterios de control relevantes, pueden ser debatibles. Un ejemplo se puede ver en la sentencia *Brown v. StarMed Staffing, L.P.*, 490 S.E.2d 503, 506 [Ga.App.1997], que versa sobre una enfermera cedida (“*borrowed servant*”) en un hospital que causa daños estando bajo el completo control de la enfermera supervisora, cuando prestaba cuidados a un paciente. Aunque su salario era pagado por la empresa cedente, al desempeñar su actividad bajo el control y supervisión de la enfermera supervisora que le obligó a acatar sus reglas, ésta respondió vicariamente. Al mismo resultado llegó la sentencia *Estate of Hegarty v. Beauchaine*, 638 N.W.2d 355 [Wis. App.2001], y también la sentencia *Harris v Miller*, 438 SE2d 731 [NC1994], pero en referencia a la responsabilidad vicaria de un cirujano, en la que el tribunal sostuvo que éste podía responder por la negligencia de la enfermera anestesista que le ayudó durante la intervención quirúrgica, aunque ella fuese empleada del hospital en el que la operación se llevó a cabo. Se hizo responder al cirujano directamente porque fue él quien seleccionó a la anestesista y supervisó la operación.

dependiendo de la duración y de la naturaleza de la relación que tenga con el cesionario, lo que debilita la posibilidad de que el cedente, conserve toda la capacidad práctica para controlar la conducta del empleado prestado. Este enfoque también refleja la posibilidad de que un cesionario pueda estar, de hecho, en la mejor posición para ejercer el control de una manera que reduzca el riesgo de posibles lesiones a terceros. Esta posibilidad puede ser especialmente probable cuando la naturaleza del trabajo de un empleado prestado requiera un esfuerzo coordinado como parte de un equipo cualificado y cercano a la dirección o supervisión del líder del equipo cesionario⁵³⁰.

Pero esta teoría tampoco ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina científica ya que, al operar de modo automático, al igual que pasaba con la primera doctrina de hacer responder al cedente automáticamente, no entra a valorar si, de conformidad con las circunstancias concurrentes, el control era ejercido efectivamente por el cirujano cedido o por el hospital cedente⁵³¹. En efecto, aunque este criterio es el dominante, debo insistir en la necesidad de mirar caso por caso y atribuir la responsabilidad al empresario que ejerza efectivamente el poder real de instruir y controlar la actuación del trabajador, y no aplicarla de modo automático.

Uno de los ejemplos más típicos de trabajadores cedidos es el de los estibadores que desempeñan su actividad en empresas portuarias y son cedidos de una empresa a otra. Si durante la realización de esa tarea los trabajadores cedidos causan daños, deberá determinarse si la responsabilidad por hecho ajeno debe imputarse al empresario cedente o al cesionario. Tal es el caso de un trabajador cedido por Estibarna a la empresa de estiba y desestiba Terminal de Contenedores de Barcelona que

⁵³⁰ Por todo ver, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., Comm. d (2) al § 7.03, p. 155.

⁵³¹ Dobbs, *The Law of Torts*, cit., pp. 931 y 932.

causa daños en el desempeño de su actividad⁵³². El Tribunal Supremo condena a la empresa cesionaria (Terminal de Contenedores) por el daño producido por su trabajador en las labores de estiba y desestiba, por tener la condición de principal porque ejerció la dirección y el control real sobre la actividad del trabajador en el momento que causó el daño, por lo que debe responder civilmente.

El Alto Tribunal estableció que la empresa cedente (Estibarna) carecía de facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador, ya que sólo se limitaba a proporcionar el personal a las empresas estibadoras o desestibadoras que lo necesitaban para el desarrollo de su actividad (actividad que se realizaba bajo la dirección y control de las empresas cesionarias). Por ello, el Tribunal Supremo entendió que entre la empresa cesionaria y el trabajador cedido existía un nexo de dependencia o subordinación, por lo que la primera debe responder por “el daño causado a terceros por sus trabajadores en virtud de una culpa «in vigilando» o «in eligendo», siempre que el trabajador esté sometido a las órdenes, o instrucciones de dicha empresa, o vigilancia de su actividad laboral, y que tal responsabilidad es directa, no subsidiaria de la del trabajador”.

Por último, la tercera doctrina es que responderán conjunta y solidariamente frente a la víctima ambos empresarios, sin perjuicio del derecho de repetición que tenga uno respecto del otro (art. 1904.I CC). Esto sucederá siempre y cuando las circunstancias concurrentes permitan concluir que ambos empresarios, cedente y cesionario, compartían el control sobre el trabajador cedido. Tal es el caso del derecho español como del francés⁵³³. Pero tampoco se trata de una solución que aplique la mayoría del

⁵³² STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001]. Mientras que un ejemplo inglés sobre trabajadores portuarios cedidos se encuentra en la comentada sentencia *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins & Griffiths (Liverpool) Ltd.*, [1947], AC 1.

⁵³³ Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative perspective*, cit., pp. 89 y ss., y Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 75.

derecho comparado, aunque en el derecho norteamericano sí se encuentra algún caso. Por lo que, la regla de solidaridad entre empresario cedente y cesionario es minoritaria.

Un caso existe, en la jurisprudencia española es el de la STS 28.2.1983 [RJ 1983\1083], en la que el Tribunal Supremo optó por la condena solidaria de los dos empresarios porque entendió que junto a la responsabilidad por culpa *in vigilando* del empresario cesionario, existía también la culpa *in eligendo* del empresario cedente por no haber seleccionado diligentemente al trabajador que había de realizar la actividad o servicio para el otro empresario. No obstante, en un caso reciente y a mi entender de clara responsabilidad solidaria entre ambos empresarios, el Tribunal Supremo sólo declaró la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa cedente sobre un caso de accidente de aviación⁵³⁴. El Alto Tribunal no apreció ninguna relación de dependencia entre la empresa cesionaria, “Helisol, S.A.”, con el piloto cedido, porque entendió que el accidente se debió al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad de éste, pues en el vuelo no se observaron las prescripciones del Reglamento de Circulación Aéreo. Por consiguiente, la responsabilidad por hecho ajeno no se aplica a la empresa cesionaria, aunque había asumido limitadas facultades respecto de la utilización comercial de la aeronave y había dado instrucciones de vuelo al piloto. Así, responde por los daños causados por su dependiente, “Heliswiss Ibérica, S.L.”, empresa cedente, por haber retenido en “cuanto propietaria, la posesión y el control de la aeronave a través de la dotación, lo que supone, más que un arrendamiento de cosa, un

⁵³⁴ STS 2.1.2006 [RJ 2006\129], en la que Viaprom Televisión, SA contrató a un cámara profesional para la grabación desde un helicóptero de tomas aéreas de la estación de esquí de Sierra Nevada. Con este fin, contrató, a su vez, los servicios de “Helisol, S.A.” (cesionaria) que, por su parte, arrendó a “Heliswiss Ibérica, S.L.” (cedente) un helicóptero y los servicios de un piloto, conservando la primera las facultades de gestión y control de la navegación. El día del accidente el aparato volaba a una altura menor a la establecida en el Reglamento de Circulación Aérea, y a raíz de una fuerte ráfaga de viento la aeronave se desestabilizó y se estrelló contra el suelo. Como consecuencia del accidente, el piloto falleció y los pasajeros sufrieron graves heridas. El cámara, los pasajeros y “Viaprom, SA”, demandaron a sendas empresas.

arrendamiento de obra o *locatio operis* que [le] obliga (...) a la obtención de un resultado (los viajes encargados por la arrendataria), que es precisamente lo que retribuye el precio convenido, y no la detención o el uso de la aeronave”.

Uno de los requisitos de la responsabilidad vicaria es la existencia de una relación entre principal y agente que legitima al primero para controlar los actos del segundo⁵³⁵. En este caso, el Tribunal Supremo aprecia una relación de dependencia entre el piloto y la empresa cedente propietaria de la aeronave, “Heliswiss Ibérica, S.L.”, por entender que ésta se había reservado la gestión y control de la navegación, por lo que ejercía funciones de control, vigilancia y dirección de las labores encargadas al piloto. A su vez y por esa misma regla, el Tribunal niega la dependencia del piloto respecto a “Helisol, S.A.”, empresa cesionaria, a pesar de que ésta dio instrucciones concretas al piloto. Pero, si se atiende a la doctrina del Supremo, parece que ésta debería responder solidariamente junto a la empresa cedente por el artículo 1903.IV CC. En cambio, lo que viene a hacer el Alto Tribunal es aplicar la primera teoría expuesta, consistente en hacer responder al empleador habitual o general, aunque en el momento de producirse el accidente no tuviese materialmente el derecho de control o dirección sobre la actividad de su empleado, tal y como sucede en el caso. Solución que no comparto ya que para mí, aunque las instrucciones sean erróneas, las mismas existen y el piloto las obedeció. Por lo que existe, *de facto*, un control hacia el piloto por parte de la empresa cesionaria, debiendo el Alto Tribunal hacer responder civilmente por el art. 1903.IV CC a ambas empresas de manera solidaria. O si se apura más, si la empresa temporal realmente tenía el poder de dirección y control sobre el piloto, debería responder sólo ésta ante la víctima, tal y como apunta la segunda teoría. Por lo que en mi opinión, sí que debería haber respondido por hecho ajeno la empresa cesionaria, ya que no se puede obviar que es la empresa que ejercía efectivamente el poder real de instruir y controlar la actuación del

⁵³⁵ Salvador Coderch / Gómez Ligüerre, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p. 5.

trabajador, junto, a mi parecer, con la empresa propietaria del helicóptero por culpa *in eligendo* del piloto. Por lo que se estaría ante la tercera solución, es decir, que respondan ambas empresas de manera solidaria.

En el derecho norteamericano, se encuentra la sentencia *St. Joseph Hosp. v. Wolff*⁵³⁶, sobre un caso de un médico residente de cirugía que causo daños a un paciente con ocasión de la realización inadecuada de una traqueotomía que, posteriormente, le causó serios daños cerebrales. El médico estaba inscrito en un programa de residencia de cirugía general que estaba dirigido, de un lado, por el Hospital St. Joseph como institución patrocinadora y, de otro, por la Fundación Médica de Texas como institución participante. El desacuerdo radica sobre el contrato existente entre la fundación y el hospital universitario porque, entre otras cosas, el hospital hizo todas las tareas de formación a los residentes y asumió la responsabilidad final de su supervisión y capacitación pero, a su vez, estaban sujetos a la aprobación del jefe de cirugía del hospital de la fundación. Por lo que el tribunal hizo responder solidariamente al hospital y a la fundación sobre la base de que ambos ejercieron el control sobre el trabajador, y ambos se beneficiaron hasta cierto punto del trabajo del empleado. Y, por último, se encuentra en derecho inglés, como a excepción a la regla general de hacer responder automáticamente a la empresa cedente o general, la reciente decisión de la Corte de Apelaciones *Viasystems v Thermal Transfer*⁵³⁷, que considera adecuada la responsabilidad compartida

⁵³⁶ 94 S.W.3d 513 [2002 Tex].

⁵³⁷ [2005] EWCA Civ 1151, [2006] QB 510. El caso versa sobre la imposición de la doble responsabilidad vicaria a dos empresarios por la inundación de una nave a razón de la instalación del aire acondicionado. La empresa propietaria de la nave contrató a una empresa para la instalación del aire acondicionado. Ésta subcontrató el trabajo de instalación que a su vez subcontrató a los instaladores que causaron los daños. El tribunal, revisando la ley de responsabilidad vicaria, indicó que la regla de que la doble responsabilidad vicaria era una imposibilidad legal, era errónea. Por lo que señaló que en función de los hechos del caso, el juez tendrá derecho a encontrar a más de un empresario responsable vicario. En consecuencia, tanto el empresario del trabajador negligente como el contratista que había contratado con ésta la cesión del empleado, fueron declarados solidariamente responsables por los daños causados por la negligencia del instalador.

entre el empleador temporal y el general⁵³⁸ ya que “si, en los hechos de un caso particular, la cuestión central es que tenían derecho y, en teoría la obligación, de controlar el acto negligente relevante del empleado con el fin de evitarlo, la respuesta sensata sería que cada uno de los dos empleadores respondiesen”. Por lo que, bajo este régimen de responsabilidad compartida de los empleadores responsables y, de conformidad con los principios generales, la víctima puede reclamar la indemnización a cualquiera de ellos⁵³⁹.

En resumen, parece que el criterio más acertado, de los expuestos anteriormente, será aquél que en cada caso pueda demostrar quién tenía el poder efectivo o real sobre el auxiliar cedido que ha causado el daño. Además, si de los hechos se demuestra que ambos empresarios son responsables, nada obsta para que respondan de manera solidaria ante la víctima, lo que facilita la tarea probatoria. Sin embargo, nada parece indicar que la jurisprudencia española establezca, en estos casos, criterios o factores concretos para determinar la existencia de dependencia. Nuestro sistema parte de la interpretación amplia y flexible del vínculo de dependencia, defendida anteriormente, en clara contradicción con los ordenamientos jurídicos del *common law*. Por lo que, la responsabilidad que se atribuya al principal, cedente o cesionario o ambos a la vez, no dependerá, por ejemplo, de que el auxiliar cedido se halle contratado de manera permanente o temporal, ni si recibe una remuneración o no por las tareas que desempeña. Lo importante es que el auxiliar mientras se encuentra cedido actúe bajo la dirección, supervisión o control de quien deba responder.

⁵³⁸ [2005] EWCA Civ 1151, [2006] QB 510.

⁵³⁹ Brodie, “Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability”, cit., p. 502.

3. El caso del contratista independiente

3.1. La regla general

Uno de los casos complejos de la relación de dependencia, apuntado anteriormente⁵⁴⁰, es el de determinar qué parte debe responder cuando media un contrato de obra, si el comitente o el contratista independiente, cuando este último causa un daño a tercero al realizar las obras encargadas por el primero.

De acuerdo con la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, rige la regla general de que no hay responsabilidad por hecho ajeno en el comitente por los daños causados por un contratista independiente⁵⁴¹. A menos, claro esté, que entre el principal y el contratista medie una relación de subordinación o dependencia por el hecho de reservarse el primero

⁵⁴⁰ Véase *Supra* apartado 2.2.2.C) de este mismo capítulo.

⁵⁴¹ Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 515; Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 514. En Francia, la propuesta sobre la responsabilidad civil del empresario cita en su artículo 18 literalmente, que el trabajador autónomo siempre responde de su culpa: “Le préposé non salarié répond toujours de sa faute”. Véase al respecto Outin-Adam, “Responsabilité des employeurs et salariés”, en François Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, cit., p. 157. Pocos son los ordenamientos jurídicos que hagan una excepción a esta regla. Tal es el caso de Polonia que en su artículo 429 del Código Civil polaco prevé esta responsabilidad, siempre y cuando el comitente no demuestre que actuó diligentemente en la selección del contratista; o bien, los Países Bajos, que en su Art. 6:171 BW encuentra responsable a quien contrató a un no-auxiliar, siempre que exista conexión suficiente entre ambos. En este sentido Mirosław Nesterowicz / Ewa Baginska, “Liability for Damage Caused by Others under Polish Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003, p. 193 y Haentjens / Edgar du Perron, “Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., pp. 179 y 180, respectivamente.

facultades de dirección, vigilancia e inspección de las obras⁵⁴². Precisamente, la exclusión de responsabilidad que se atribuye al comitente por los daños que pudiera causar el contratista independiente, deriva de esa falta de subordinación entre ambos. La principal razón es que, tal y como acertadamente apunta Solé Feliu, “[L]a relación que media entre el comitente y el contratista independiente no es de subordinación, sino de igualdad, porque cuando el contratista cumple el encargo o gestión encomendada este toma sus propias decisiones y actúa de manera autónoma, de acuerdo con su propio criterio. Y cuando no es así, deja de ser independiente”⁵⁴³. En efecto, el contratista no es un auxiliar del comitente, y aplicarle la responsabilidad del art. 1903.IV CC sería injusto cuando no ejercita ningún tipo de control sobre el causante del daño, ni cuando lo instruye o lo dirige, aunque pueda actuar en interés del comitente.

Y la misma doctrina sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sólo hace responder al contratista independiente que causa daños cuando no media relación de dependencia con el comitente, porque la responsabilidad corresponde exclusivamente “al contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista”⁵⁴⁴. También aplica esta doctrina a los supuestos de prestación de servicios, donde el prestatario

⁵⁴² De Ángel Yágüez, “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, cit., p. 2017 y Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., p. 469. En derecho comparado, Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 514.

⁵⁴³ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 24.

⁵⁴⁴ Entre otras ver SSTS 18.6.1979 [RJ 1979\2895], 4.1.1982 [RJ 1982\178], 8.5.1999 [RJ 1999\3101] y 1.10.2008 [RJ 2009\134].

contrata a un prestador autónomo o directamente a una empresa de servicios⁵⁴⁵.

Así mismo, el Tribunal Supremo también exonera de responsabilidad por hecho ajeno a los que han concertado la participación de cualquiera de estos profesionales legalmente habilitados: promotor, constructor, técnicos y subcontratistas que intervienen en la obra de edificación⁵⁴⁶. Esta jurisprudencia señala que cuando el comitente contrata a un contratista como técnico cualificado –no como el dependiente de alta cualificación técnica que se ha apuntado anteriormente en este trabajo, sino como el contratante independiente que actúa por otro de forma autónoma–, no le es aplicable el art. 1903.IV CC por faltar el requisito de la relación de

⁵⁴⁵ Tal es el caso de la STS 24.3.2001 [RJ 2001\3986], en la que se condenó a la Clínica Nuevo Parque de Madrid por los daños que causó negligentemente a un neonato, un facultativo que prestaba servicios en la clínica. Entre el médico y la Clínica no mediaba relación laboral alguna, sino únicamente un acuerdo de prestación de servicios en las instalaciones del centro sanitario. Para condenar a la empresa, el Tribunal Supremo señaló que, aunque no se trate de una efectiva dependencia laboral, sí existe una dependencia funcional por el carácter colaborador del especialista, derivada de la designación de éste por parte de la Clínica. Con este argumento, se permite la aplicación del artículo 1903.IV CC sobre la Clínica y la hace responder directa y solidariamente por culpa *in eligendo*, por apreciarse la incardinación del médico colaborador en la organización interna de la Clínica.

⁵⁴⁶ Así, la STS de 26.11.1990 [RJ 1990\9047], cita textualmente que no existe “relación de dependencia entre quien encarga la redacción de un proyecto de obra y la posterior dirección de ésta, y el arquitecto que realiza su cometido, según las reglas de su arte como profesional independiente y sin relación de subordinación jerárquica alguna”. De igual modo la STS 18.3.2000 [RJ 2000\2018], reitera la inexistencia de relación de dependencia, debido a la ausencia de subordinación jerárquica o funcional, cuando los dueños de la obra o promotores actúan “con la diligencia debida cuando encargaron a una Dirección Facultativa Colegiada integrada por un Arquitecto Superior y un Aparejador para que llevaran a efecto la dirección, vigilancia y supervisión de las obras (...) al mismo tiempo que contrataron con una sociedad especializada (...) la realización de las obras”. Doctrinalmente, Peña López, “Los daños a los inmuebles próximos al edificio en construcción. Problemas derivados de la imputación subjetiva de la responsabilidad a los agentes de la edificación”, cit., p. 2408; Carrasco Perera / Cordero Lobato / González Carrasco, *Derecho de la construcción y la vivienda*, cit., p.470.

dependencia⁵⁴⁷. El contratista independiente como tal, conoce muy bien los pros y contras de su actividad y, por ello, es quien está en mejor posición para asegurar sus posibles daños, incluso mejor que la del contratista principal⁵⁴⁸.

La misma línea sigue tanto el *American Law Institute* (ALI) como la jurisprudencia norteamericana⁵⁴⁹. Ambos contemplan la regla general de que quien contrata a un contratista independiente no es responsable vicario por los actos u omisiones negligentes de este último. La razón estriba en que el comitente no es responsable de las actividades que no controla y, en muchos casos, carece de los conocimientos y recursos para dirigirlos. Es más, a diferencia de la relación entre principal y auxiliar, en la que el control de la actividad y sus beneficios recaen sobre el principal, en el caso del contratista independiente es éste –y no el comitente– quien gestiona la actividad, sus

⁵⁴⁷ El motivo radica, tal y como señalan diferentes sentencias de este órgano jurisdiccional, que “cuando se trata de contratos entre empresas no determinantes de relación de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el 1903, puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios, y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder “in vigilando” o “in eligendo” de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o participación en los trabajos o parte de ellos”. Por todo ver, SSTS 27.11.1993 [RJ 1993\9143], 11.6.1998 [RJ 1998\4678], 28.11.2002 [RJ 2002\10284], 22.7.2003 [RJ 2003\5852] y 14.10.2004 [RJ 2004\5902].

⁵⁴⁸ Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 516; Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., pp. 188 y 189.

⁵⁴⁹ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, April 22, Philadelphia, The American Law Institute, 2011, Comment (c) to § 57, pp. 42 a 44. Jurisprudencialmente, lo citan literalmente, las sentencias *Rosenberg v. Equitable Life Assurance Soc’y of U.S.*, 595 N.E. 2d 840 (NY 1992), *Rangel v. Brookhaven Constructors, Inc.*, 719 N.E. 2d 835, 838 (Ill. App. 1999) y *Martens v. MCL Construction Corp.*, 807 N.E. 2d 480, 488 (Ill. App 2004).

riesgos y los beneficios que de ella se derivan⁵⁵⁰. El único motivo que se encuentra en los comentarios al § 57 del *Restatement (Third) of the Law of Torts* a favor de que responda en estos casos el comitente, pero que no es suficiente para fundamentar una regla general de responsabilidad vicaria, sería para asegurar a la víctima que cuando se produjera un daño causado por negligencia, se vería compensada por la persona cuya actividad hubiese causado el daño, por lo que sería adecuadamente responsable de la negligencia de su auxiliar, siempre que éste fuese un empleado o un contratista independiente. Es decir, el *Restatement* avalaría la voluntad de proteger a las víctimas frente a la eventual insolvencia del contratista, además de incentivar al comitente a seleccionar contratistas solventes⁵⁵¹.

Análoga opinión también recogen los trabajos para la aproximación del derecho europeo de la responsabilidad civil, al exonerar de responsabilidad al comitente por los daños que causa el contratista independiente cuando ejerce la actividad para la que ha sido contratado. En concreto, el art. 6:102 PETL contiene la disposición específica del tema cuando anuncia que:

“[E]l contratista independiente no se considera auxiliar a los efectos de este artículo”.

En efecto, la justificación es la misma que aplica la doctrina española, es decir, cuando el comitente no ejerce ningún tipo de control, ni vigilancia, ni dirección sobre la actividad ilícita del contratista independiente, ni sobre la manera en que éste ejecuta sus trabajos, es claro que no debe imponérsele

⁵⁵⁰ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 514. Para una información más exhaustiva, véase recientemente Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 82.

⁵⁵¹ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, cit., p. 43.

responsabilidad⁵⁵². A su vez, pero de modo indirecto, los comentarios al artículo VI 3:201 DCFR señalan que, “de conformidad con los ordenamientos jurídicos de casi todos los estados miembros, el precepto no establece ninguna responsabilidad para los contratistas independientes y sus operarios”⁵⁵³.

3.2. *La responsabilidad por hechos del contratista independiente: en especial, los “non-delegable duties”*

Aunque en algunos países como los Estados Unidos o el Reino Unido, también se aplique la regla general de no responsabilizar al comitente cuando contrata los servicios de un contratista independiente, esta regla tiene numerosas excepciones a medida que aumenta la utilización de esta figura⁵⁵⁴. De ahí que tanto la doctrina como la jurisprudencia del *common law* hayan desarrollado los “deberes no-delegables” (“non-delegable duties”) en áreas en las que no era posible aplicar el tradicional régimen de responsabilidad vicaria, por no existir vínculo de naturaleza laboral entre principal y auxiliar⁵⁵⁵. A menudo se recurre y usa esta doctrina como respuesta a las deficiencias percibidas en la propia responsabilidad vicaria. Así lo indica la propia doctrina inglesa cuando habla que los *non-delegable duties* son un mecanismo para “tapar los huecos dejados por la

⁵⁵² Olivier Moréteau, “Comentarios al Art. 6:102 PETL”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 9, p. 163.

⁵⁵³ Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), cit., Com. Art.VI 3:201, núm. 7, p. 634.

⁵⁵⁴ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 222.

⁵⁵⁵ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 53 y ss.

responsabilidad vicaria”⁵⁵⁶. Esto sucede porque al quedar este régimen circunscrito a las relaciones de naturaleza laboral (lo que incluye tanto el contrato de trabajo como el contrato de servicios), el número de supuestos en que un ordenamiento como el inglés caen fuera de la relación de dependencia y entran de lleno en el campo de actuación de un contratista independiente, es mucho mayor que en ordenamientos más flexibles como el nuestro.

Ya se apuntaba anteriormente en este trabajo, que el segundo mecanismo empleado por los tribunales ingleses para trascender los estrechos límites de la relación laboral entre principal y auxiliar era el uso de la doctrina de los “non-delegable duties”. Esta regla permite, tanto en el derecho norteamericano⁵⁵⁷ como en el derecho inglés⁵⁵⁸, hacer responder al comitente, por diferentes vías, por los daños que causa un contratista independiente. Será así, siempre que exista culpa propia del comitente (§ 55 *Restatement*), que suele darse en relación con la infracción de un deber general de diligencia que éste tiene “en relación con aquella parte de las tareas encomendadas al contratista independiente sobre las que conserva el control” (§ 56 *Restatement*); también cuando contrate a quien no estaba capacitado para la realización del trabajo, y cuando el contratista cause el daño en cumplimiento de un deber que el comitente no podía delegar. Es decir, los daños del contratista independiente pueden suponer un incumplimiento del deber de cuidado sobre la víctima que ha sufrido el daño por la mala elección, instrucción y supervisión del contratista por parte del comitente, o bien, el comitente puede tener un deber no delegable con la víctima, porque no puede delegar a otro el desempeño de la actividad. De modo que, incluso si ha seleccionado, instruido y supervisado

⁵⁵⁶ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 641, y Murphy, “Juridical Foundations of Common Law Non-Delegable Duties”, en Jason W. Neyers, Erika Chamberlain, Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 371.

⁵⁵⁷ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, cit., Comment (b) al § 57, p. 41.

⁵⁵⁸ Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, cit., pp. 979 y ss.

adecuadamente al contratista independiente, el daño causado por éste colocará al comitente en un incumplimiento de este deber⁵⁵⁹.

La clave para entender los “deberes no-delegables” es asumir que hay varias situaciones en las que la ley impone responsabilidad objetiva con diferentes fundamentos. Se trata de deberes que surgen en relación con determinadas situaciones y actividades, en las que el comitente soporta el riesgo de que se produzcan daños, sin que pueda exonerarse mediante la prueba de haber designado un contratista independiente para realizarlas, o que había actuado diligentemente en su elección⁵⁶⁰. Algunas de estas actividades se encuentran generalmente establecidas en leyes especiales, mientras que otras son de creación jurisprudencial. A continuación se expone un listado de estas actividades indelegables que hacen responder directamente al comitente⁵⁶¹: cuando se está ante actividades anormales o extra peligrosas; las molestias privadas; el perjuicio público; la infracción de diversas obligaciones legales; el deber del transportista de navegabilidad; los deberes de los depositarios respecto de los depositantes; los deberes de los hospitales respecto de los pacientes; el deber de los propietarios con los visitantes; el deber del empresario respecto a la seguridad de los empleados,

⁵⁵⁹ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., p. 617.

⁵⁶⁰ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, cit., Comment (b) al § 57, p. 41. En el derecho inglés, Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, cit., p. 979.

⁵⁶¹ En derecho inglés, Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 331 a 337 y en el que se encuentra numerosos ejemplos jurisprudenciales, así como una crítica a favor o en contra de aplicar un “deber no delegable” sobre cada situación. En derecho norteamericano, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, cit., comments a los § 57 al 65, pp. 37 y ss., en que se lista aquellos requisitos para que responda el comitente por los daños ilícitos causados por el contratista independiente. En derecho español, Zelaya Etchegaray presenta un listado ejemplificativo del Derecho americano del *Restatement of Agency* antiguo sobre algunos de los deberes no delegables. En Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 306 y ss.

así como en aquellos casos donde ha habido una asunción de responsabilidad por parte del principal hacia la víctima.

Un ejemplo de deber indelegable habitual, que se encuentra en el derecho inglés, es el caso de los hospitales que tienen un deber indelegable con los pacientes, consistente en garantizarles que se les tratará con diligencia y cuidado⁵⁶². En Inglaterra, esta posición se afirmó con autoridad en la sentencia *Cassidy v Ministry of Health*⁵⁶³ al señalar que “cuando las autoridades del hospital se comprometan a tratar a un paciente, se seleccionará y nombrará (...) a los hombres y mujeres profesionales que van a dar el tratamiento, entonces ellos serán los responsables de la negligencia que causen a las personas cuando no den el tratamiento adecuado, no importa si son médicos, cirujanos, enfermeras o cualquier otra persona”. Así, aunque un paciente internado en un hospital sea atendido por un consultor externo –por lo que no será un empleado del hospital–, y éste sea negligente en el tratamiento del paciente, la víctima podrá reclamar contra el hospital. No importa que el consultor sea aparentemente competente y esté diligentemente seleccionado para la tarea, como tampoco importa si el paciente es tratado en privado en virtud de un contrato o gratuitamente por un hospital público. La razón estriba en que se ha asumido voluntariamente que se tendrá cuidado del paciente, y no sólo del deber de cuidado personal. Esto, sin embargo, no se extiende a los pacientes que no han sido admitidos en el hospital para recibir un tratamiento⁵⁶⁴. Así, para la doctrina inglesa, el empresario puede ser responsable de un acto ilícito cometido por un

⁵⁶² Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 491 y Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 356 y ss.

⁵⁶³ [1951] 2 KB 343 (CA) 362.

⁵⁶⁴ *Farraj v King's Healthcare NHS Trust* [2009] EWCA Civ 1203. En el caso que nos ocupa, el hospital había enviado una muestra de tejido de la placenta en el hospital demandado para que hiciesen una prueba sobre la posible presencia de un gen de trastorno sanguíneo realizado a ambos padres. El hospital había delegado parte de la prueba a una empresa (CSL). La muestra confirmó que era negativo, pero el bebé nació con el trastorno genético. El tribunal sostuvo que el hospital no fue negligente en virtud de un deber indelegable.

contratista independiente si se ha autorizado a dicho contratista, o si se ha violado el deber indelegable de velar por el cuidado ejercido⁵⁶⁵.

También nace la responsabilidad vicaria en virtud de este deber indelegable del hospital, si se demuestra que el daño fue resultado de un “fallo del sistema”. Por lo que, si un hospital tiene un sistema inadecuado para prevenir la infección o para convocar la asistencia de expertos en caso de emergencia, el hospital también es responsable. Esto no se debe a que el hospital ha actuado negligentemente. Los hospitales, como todas las personas jurídicas, no puede hacer nada, excepto a través de agentes humanos. Sin embargo, según la doctrina, una de las razones por las que es un error ver con carácter no delegable las funciones como una forma disfrazada de responsabilidad vicaria, es que la responsabilidad se aplica incluso cuando se puede demostrar que el fallo de alcanzar el resultado no es culpa de ningún individuo. La atribución a alguien de la asunción de responsabilidad inicial es innecesario⁵⁶⁶.

Otro supuesto típico de deber indelegable es el deber que tiene el empresario respecto a la seguridad laboral de sus empleados. Este deber indelegable fue creado por los tribunales, y consiste en que los trabajadores no deben resultar dañados por otro trabajador en el desempeño de sus funciones. Por lo que, cuando se cause un daño, aunque el empresario haya sido diligente en la selección del contratista independiente y, aun y ser diligente el otro trabajador causante del daño, como se le obliga a adoptar la diligencia necesaria para garantizarles y procurarles la seguridad en el trabajo, se entiende que no es injusto aplicar la responsabilidad vicaria al principal, a través de imponerle este deber no delegable de asegurar un sistema seguro de trabajo⁵⁶⁷. La jurisprudencia lo fundamenta en que es

⁵⁶⁵ Rogers, *Winfield & Jolowicz Tort*, cit., pp. 20 y 21.

⁵⁶⁶ Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 356 y 357.

⁵⁶⁷ Brodie, “Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability”, cit., p. 506.

razonable que el empresario deba asumir la responsabilidad por la negligencia de sus contratistas independientes en la elaboración de un sistema seguro de trabajo, ya que si se requiere al empresario para que trabaje de acuerdo a este sistema seguro, es claro que debe soportar también las consecuencias que de él deriven⁵⁶⁸. La idea subyacente es que la obligación del empresario para con sus empleados es una responsabilidad fundamental de la empresa que no se puede evitar. El fundamento radica en que el principal que ha delegado en el contratista independiente, se beneficia de las actividades de la misma manera como lo haría si se hubiese comprometido él personalmente⁵⁶⁹. Por lo que debe de responder el principal por los incumplimientos que tenga la empresa, y además, al tratarse de un deber de cuidado, proporciona al dependiente el derecho a demandar contra el empresario, por la asunción voluntaria de responsabilidades⁵⁷⁰.

Un deber indelegable parecido se encuentra en el derecho alemán. En este caso, la responsabilidad del empleador puede basarse en el § 823, cuando ha sido negligente en la organización de su empresa. Esto se conoce como negligencia organizativa (*Organisationsverschulden*). El deber del empresario de organizar su negocio correctamente es un deber indelegable, ya que no puede dejar la organización en manos de los administradores u otras personas de la organización. Si lo hace y se presenta un problema, se supone que ha organizado su negocio de una manera negligente y será responsable de los daños consecuentes⁵⁷¹. En general, este deber obliga al empleador a organizar y supervisar la gestión y las actividades de sus empleados para prevenir daños a terceros⁵⁷². Así, por ejemplo, se hizo

⁵⁶⁸ *Kondis v State Transport Authority* (1984) 154 CLR 672 at 688.

⁵⁶⁹ Brodie, "Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability", cit., pp. 506 y 507.

⁵⁷⁰ Stevens, "Non-Delegable Duties and Vicarious Liability", en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 354 y 355.

⁵⁷¹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 504 y 505.

⁵⁷² BGH 13.5.1955 I ZR 137/53, NJW 1955, 1314, BGHZ 17, 214 y BGH 20.4.1971 VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 *VersR* 1971, 741 (citadas, entre otras, por Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 505).

responder a un operador turístico por negligencia al no garantizar la seguridad en un hotel en Gran Canaria. Se estableció que, por esta razón, el tour operador había incumplido el deber de seguridad (*Verkehrspflicht*) respecto del huésped, debiendo de responder por las heridas que sufrió éste, cuando cayó del balcón por romperse la barandilla de madera de su apartamento que había contratado⁵⁷³.

Así mismo, el derecho alemán también tiene, para circunstancias específicas, reglas especiales de responsabilidad objetiva que se aplican a los empresarios. Un ejemplo, se encuentra en el § 3 de la Ley de Responsabilidad (*Haftpflichtgesetz*), el cual sostiene que el operador será responsable si, durante la operación de una mina, cantera o fábrica o durante la excavación, el daño se produce como consecuencia de un error de una persona a su cargo. El operador es estrictamente responsable ya que él no tiene las defensas del § 831, como la que sí tiene el empresario de una empresa más grande, que puede limitarse a probar que actuó con la debida diligencia en la elección del gerente responsable de la selección del personal. Si ha elegido el gerente con el debido cuidado, no responde. Esto es lo que se llama la defensa de exoneración descentralizada (*dezentralisierter Entlastungsbeweis*)⁵⁷⁴.

Mientras que, en derecho español, la cuestión estriba en identificar si existen o no estos casos de “deberes no-delegables” de diligencia en base al artículo 1902 CC. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos del *common law* que aplican a algunas actividades los “deberes no-delegables”, en la mayoría de los ordenamientos del *civil law*, y el español no es una excepción, se cuenta con normativa propia para hacer responder civilmente al comitente, bien por determinadas actividades identificadas jurisprudencialmente, bien por leyes especiales, la mayoría de las cuales

⁵⁷³ BGH 25.2.1988. VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298.

⁵⁷⁴ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 503 y ss.

suelen estar sujetas a un régimen de responsabilidad objetiva⁵⁷⁵. Pero hay casos que no están tan claros.

Ya se ha visto que es doctrina consolidada que quien encarga un trabajo a un contratista independiente pero se reserva las facultades de dirección, control o vigilancia de los trabajos encomendados, responde civilmente por el artículo 1903.IV CC por culpa *in vigilando* al convertirse, el primero, en su auxiliar, por mucho que cuente éste con una organización empresarial autónoma. Cuestión diferente es que el comitente pueda acabar respondiendo en base a otros posibles fundamentos de responsabilidad. En efecto, la responsabilidad del comitente puede fundarse, no solo en base al artículo 1903.IV CC (o, si se diese el caso, en un eventual régimen de responsabilidad vicaria), sino también en el artículo 1902 CC.

Un sector importante de la doctrina española, respalda la existencia fuera del sistema de responsabilidad por hecho ajeno, pero sí dentro del artículo 1902 CC por hecho propio, de ciertos deberes de diligencia o de cuidado en el comitente de los que no puede liberarse por delegación, cuando encarga una obra o servicio a un contratista independiente, si las

⁵⁷⁵ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 55 y ss. Este autor cita diferentes ejemplos en los que se suele aplicar este régimen objetivo para hacer responder al comitente independientemente de si se sirve o no de otras personas. Tales son los casos del explotador de una instalación nuclear –artículo 4 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011) –; o del operador –regulado en los artículos 120 y ss., de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, modificada por la Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (BOE núm. 67, de 18 de marzo de 2010)–; o del propio “conductor” del vehículo a motor –artículo 1 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante LRCSCVM) [BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004]–; o del poseedor de animales que responde por el artículo 1905 CC; como también del propietario de una instalación o de un bien generador de riesgos, como sería el caso del “propietario no conductor” del vehículo accidentado, regulado en el artículo 1.IV LRCSCVM.

características de éste no son las adecuadas para llevar a acabo de forma correcta y segura el trabajo encomendado⁵⁷⁶.

En efecto, el comitente no puede liberarse de responsabilidad cuando, obrando de forma independiente la persona contratada, se aprecia en el comitente una culpa en su elección o en la vigilancia y control de ciertos aspectos de la actividad del contratista que debía haber supervisado, como por ejemplo, cuando no existan las pertinentes garantías de seguridad y de ello deriva el daño a tercero. Es decir, el comitente no se exonera por haber delegado en un contratista independiente su deber de cuidado, aunque se trate de un auxiliar de alta cualificación técnica (constructor, arquitecto, etc.).

En consecuencia, nacerá la responsabilidad del comitente cuando contrate a un auxiliar independiente que causa daños, ya sea contratista o subcontratista, por culpa *in eligendo*, cuando no los seleccione debidamente, o por culpa *in vigilando*, cuando el propietario tenga el deber de prevenir el daño a través de observar y/o controlar que los encargados por él de la obra toman las precauciones necesarias⁵⁷⁷. No pudiéndose exonerar de responsabilidad aun y haberlo seleccionado de forma diligente, ni tampoco por obviar los deberes de vigilancia general por su competencia técnica⁵⁷⁸.

⁵⁷⁶ Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, cit., pp. 1506 y ss., habla de la existencia de ciertos deberes de cuidado, cuya infracción quedaban fuera del ámbito del art. 1903 CC pero que podían reconducirse al deber general de diligencia previsto en el art. 1902 CC; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 239; Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 9251]*, a CCJC, Octubre/Diciembre 2006, núm. 72, pp. 1375 y ss. Recientemente, Gómez Calle, “Los sujetos de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, cit., pp. 157 y 158.

⁵⁷⁷ Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, cit., p. 1509.

⁵⁷⁸ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 126 y ss.

Basándose en estos ítems, los Tribunales españoles también admiten la responsabilidad del comitente frente a terceros, en base la infracción del deber general de diligencia del art. 1902 CC en la elección del contratista⁵⁷⁹ o, incluso, en ciertas tareas de vigilancia sobre su actuación⁵⁸⁰ y, no bajo el artículo 1903.IV CC de responsabilidad por hecho ajeno, por la evidente falta de relación de subordinación entre ambos.

3.3. El supuesto del propietario de un solar o edificio de evitar causar daños en la finca de sus vecinos cuando realiza obras

Partiendo de esta doctrina, cabe plantearse si existe un deber indelegable, o no, respecto al propietario de un solar o edificio de evitar causar daños en la finca de sus vecinos cuando realiza obras. La mayoría de la doctrina⁵⁸¹ y jurisprudencia española, no encuentra responsable al propietario por el artículo 1903.IV CC en base a tres motivos. El primero de ellos parte de la base de que los promotores o propietarios del edificio desde los que se acometen las obras, no pueden ser equiparados al constructor, “ya que tal equiparación, tiene por finalidad la ampliación de la garantía de los adquirentes de los pisos o locales mediante tal asimilación, función de garantía que no se da frente a quienes no ostentan ese carácter de

⁵⁷⁹ Responderá el comitente por hecho propio cuando “las características de la empresa contratada para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad, que las más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista”. Entre otras, SSTS 6.5.2000 [RJ 2000\3104], 27.10.2005 [RJ 2005\8156], 3.4.2006 [RJ 2006\1871], 7.12.2006 [RJ 2007\377], 25.1.2007 [RJ 2007\1700], 1.2.2007 [RJ 2007\788], 26.9.2007 [RJ 2007\5350], 17.9.2008 [RJ 2008\5881] y 1.10.2008 [RJ 2009\134].

⁵⁸⁰ Véanse, por ejemplo, las SSTS 18.7.2005 [RJ 2005\9251], 3.4.2006 [RJ 2006\1871], 7.12.2006 [RJ 2007\377], 13.6.2007 [RJ 2007\3509], 1.10.2008 [RJ 2009\134] y 23.6.2010 [RJ 2010\4904].

⁵⁸¹ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 222.

compradores de los pisos o locales construidos”. El segundo motivo radica en que el propietario no se reserva, y por consiguiente, no interviene en la dirección y ejecución de los trabajos. Y por último, la jurisprudencia señala que el propietario no tiene “el deber de conocer la situación de riesgo que pudiera conllevar en razón al estado del inmueble, limitándose a contratar su ejecución a personas capacitadas y con suficientes conocimientos para un ejercicio normalmente correcto de la "lex artis", como son el Arquitecto, el Aparejador y la Constructora, con los que ninguna relación de dependencia o subordinación tienen susceptible de incardinarse en el artículo 1903.IV CC, de tal forma que cada uno asume los resultados de su propia actividad”⁵⁸².

Pero en base al artículo 1902 CC se podría decir que actualmente, la excepción se ha convertido en la regla, de forma que más que la existencia de una relación de dependencia, se busca un deber de evitar el daño⁵⁸³. En efecto, la propia jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, señala que puede también incorporarse al vínculo de responsabilidad extracontractual al propietario o a la empresa comitente (promotora) en aquellos supuestos en los cuales se demuestre, de un lado, la existencia de culpa en la elección de la empresa contratada, cuya concurrencia depende de que las características de la empresa para la realización de la obra no sean las adecuadas para las debidas garantías de seguridad. En tal caso, podrá apreciarse “la existencia de responsabilidad que la más moderna doctrina y jurisprudencia no consideran como una responsabilidad por hecho de otro amparada en el artículo 1903 CC, sino como una responsabilidad derivada del artículo 1902 CC por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista”⁵⁸⁴. Por lo que no responde el propietario si no concurre acción u

⁵⁸² Por todo ver, SSTS 18.3.2000 [RJ 2000\2018], 28.11.2002 [RJ 2002\10284], 20.11.2007 [2008\19], 11.6.2008 [RJ 2008\3563] y 27.12.2011 [RJ 2012\167].

⁵⁸³ Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, cit., p. 1504.

⁵⁸⁴ SSTS 18.7.2005 [RJ 2005\9251], 3.4.2006 [RJ 2006\1871], 7.12.2006 [RJ 2007\377], 25.1.2007 [RJ 2007\1700] y 20.11.2007 [2008\19].

omisión culposa alguna al haber elegido correctamente a los sujetos a los que encarga la ejecución de las obras, siempre que la capacidad de los elegidos sea la adecuada. Como tampoco responderá por el artículo 1902 CC, el promotor o el dueño de la obra que no haya solicitado la correspondiente licencia de obra cuando se cause un daño por el contratista independiente, ya que el hecho de haber iniciado la obra sin la correspondiente licencia, aparte de las sanciones de tipo administrativo que podría comportar, no permite imputar de forma objetiva a estos sujetos la responsabilidad por el accidente causado, puesto que este comportamiento no es suficiente, por sí solo, para atribuir la causalidad jurídica⁵⁸⁵.

De otro lado, responderá civilmente el propietario si durante el curso de las obras se pone de manifiesto el riesgo de daños a terceros, y no adopta las medidas oportunas para evitarlos. Sin embargo, este criterio deberá ser tenido en cuenta, en el caso de que la propiedad del inmueble la ostente un sujeto que tenga como actividad empresarial la promoción inmobiliaria, especialmente en los casos en que tuvo conocimiento de los daños que, con el modo de actuar de sus técnicos y contratistas, se podían ocasionar a terceros, ya que la posición del promotor no es la misma que la del propietario individual, normalmente lego en esta materia⁵⁸⁶.

⁵⁸⁵ En este sentido, STS 15.1.2008 [RJ 2008\1394] y, doctrinalmente, José Flors Maties, *Doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 259 y ss.

⁵⁸⁶ Por todo ver, María del Pilar Álvarez Olalla, “Responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados a tercero”, BIB 2012\2924, Pamplona, Cizur Menor, *Revista doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 6, 2012, pp. 110 a 115. Es necesario apuntar, que en la mayoría de las sentencias en las que el Tribunal Supremo hace responder al propietario por los daños causados por el edificio de su propiedad en base al artículo 1902 CC, también suele concurrir el artículo 1907 CC. La responsabilidad de este artículo nace en los casos en que, además, se causen daños en el edificio colindante por los defectos del proceso constructivo, y siempre que se manifiesten fuera del plazo decenal previsto en el art. 1591 CC. Cuando así sea, se presume la responsabilidad del propietario debido a la falta de conservación o reparación del inmueble, por lo que responderá en virtud de este artículo.

Un ejemplo jurisprudencial importante, sobre la admisión de la responsabilidad del comitente en base a la infracción del deber general de diligencia del art. 1902 CC, lo plasmó la STS 18.7.2005 [RJ 2005\9251]⁵⁸⁷. La cuestión de interés estriba en que el Tribunal Supremo examina el alcance del art. 1903.IV CC y señala que, para aplicar su responsabilidad, es necesario que se pruebe que entre el contratista y el subcontratista (empleador del trabajador fallecido) ha existido dependencia. Si bien, en principio, parte de la doctrina ya conocida de que para que responda el contratista en un accidente ocasionado por la negligencia de la subcontratista se exige que haya reserva de las facultades de dirección, inspección o vigilancia⁵⁸⁸, la sentencia va más allá y dice que aun en ausencia de reserva de facultades directivas, se puede responder directamente por el art. 1902 CC por culpa o negligencia, y no por el art. 1903 CC.

En efecto, responde la empresa contratista directamente por el artículo 1902 CC por culpa o negligencia cuando no se ha seleccionado bien al (sub)contratista independiente. En este caso, responde civilmente el contratista por optar por una empresa que era insolvente y que ni siquiera tenía asegurados a sus empleados, lo que demuestra que la misma dejó de observar las medidas de seguridad exigidas por tratarse de una obra de riesgo. Por todo ello, es claro que el contratista incumple, de un lado, con su obligación de elegir diligentemente a quien había de realizar la obra y, de otro, existe culpa *in vigilando* por constatarse una negligencia en la supervisión de los trabajos de ejecución, aunque hubiera delegado tal

⁵⁸⁷ El marido y padre de las demandantes trabajaba como empleado en la reparación de la cubierta de una nave industrial propiedad de uno de los demandados, la empresa Fertilizantes de Tarragona, SA. La misma había contratado con otra empresa, Causabón, SA, la realización de las mencionadas reparaciones y ésta, a su vez, subcontrató a la empresa Comercial Villalba, SA, que a su vez subcontrató a una Comunidad de bienes para que realizara estos servicios. Para esta empresa trabajaba el agente que causó el daño y que además falleció. Viuda e hija interpusieron demanda de responsabilidad civil contra todas las empresas y solicitaron la responsabilidad solidaria de todas ellas.

⁵⁸⁸ Ver también, SSTS 6.5.2000 [RJ 2000\3104] y 27.10.2005 [RJ 2005\8156].

responsabilidad en cláusula contractual a la subcontratada, derivada de la omisión del deber de velar para que la subcontratista cumpliera con las medidas de seguridad e higiene⁵⁸⁹.

Aunque parece comprensible que el comitente deba de responder *ex artículo 1902 CC* al apreciarse culpa *in eligendo* del contratista independiente, hay que ser cautos y no crear una regla general en virtud de esta culpa, ya que por defecto se afirmarí la responsabilidad del comitente, siempre que el contratista o subcontratista, por muy idóneo o cualificado que fuese *a priori*, incurriera en alguna negligencia en la ejecución del trabajo⁵⁹⁰. En efecto, el Tribunal Supremo en la sentencia de 7.12.2006 [RJ 2007\377], descarta cualquier culpa *in eligendo* en el contratista, pese a que el accidente se produjo por un defecto en las medidas de seguridad adoptadas en la obra imputable al subcontratista. Para justificarlo, el Supremo insiste en la especialización y autonomía del subcontratista.

Cosa distinta es que el daño ocasionado por el contratista independiente en la ejecución del trabajo encomendado, pueda apreciarse culpa *in vigilando* por parte de quien lo contrató (o subcontrató). Efectivamente, como destacan acertadamente Martín-Casals y Solé Feliu⁵⁹¹, también los deberes de vigilancia pueden formar parte de los deberes de cuidado o de diligencia no delegables. Obviamente, el deber de vigilancia debe ser más limitado en estos casos que en los encuadrables en el art. 1903.IV CC (en los que existe dependencia), y siempre habrá que tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto para ponderar su alcance y existencia. Por ello, sería razonable valorar la entidad de la negligencia del

⁵⁸⁹ Para un estudio más exhaustivo, Martín-Casals / Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 9251]*”, cit., p. 1378.

⁵⁹⁰ Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., p. 1053.

⁵⁹¹ Martín-Casals / Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 9251]*”, cit., p. 1377.

ejecutor material del trabajo, que en un principio será un especialista, así como la experiencia y conocimientos de quien lo eligió en el ámbito de la actividad encomendada⁵⁹². Respecto a este último punto, la idea es valorar si se está o no ante una persona lego en la materia, tal y como se aplica en la persona del propietario o comitente, de la empresa contratista que subcontrata una obra a otra empresa especializada, de forma que también se les puede eximir de culpa, pues no pueden reservarse facultades de dirección, dado que su experiencia es ajena al objeto del contrato. Por consiguiente, los conocimientos de la subcontratada substituyen a los de la contratista, no pudiéndose aplicar la responsabilidad del artículo 1902 CC a quien contrata o subcontrata un contratista independiente, precisamente, por su especialización.

La sentencia también plantea la responsabilidad que atañe al comitente y al dueño de la obra. La pretensión de las demandantes era hacer responder a toda la cadena de contratas y, por lo tanto, también a éstos. Según el Tribunal Supremo, se demostró que no había responsabilidad del contratista y del primer subcontratista por faltar el requisito de dependencia exigido en el art. 1903.IV CC. Concretamente, en la persona del comitente, por faltar el requisito de la relación de causalidad entre su actuación de seleccionar a la contratista y el daño ocasionado al fallecido. Y lo mismo debe deducirse del dueño de la obra, por no tener ninguna capacidad ni poder de decisión sobre la forma de realización de la misma.

Aunque no hay duda de que no hay responsabilidad civil del artículo 1903.IV CC, si se sigue la doctrina de admitir la responsabilidad del comitente y del dueño de la obra en base a la infracción del deber general de diligencia en la elección del contratista independiente derivada del artículo 1902 CC, es claro que en este caso, tanto el comitente que subcontrata a la

⁵⁹² Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1053 y 1054. Recientemente, véase Álvarez Olalla, “Responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados a tercero”, cit., pp. 110 a 115.

subcontratista que responde por el artículo 1902 CC, así como el dueño de la obra que contrata a la contratista independiente, es decir, al comitente, deberían haber respondido por este precepto, por no quedar automáticamente excluidos del deber de cuidado ante terceros. Aquí se puede apreciar como el Tribunal Supremo no toma como regla general el hecho de que deba de responder automáticamente el comitente por culpa *in eligendo*, cuando el contratista independiente es negligente en su actuación, y sí aboga por aplicar la regla general de tener que existir necesariamente una relación de subordinación o dependencia. Y respecto si deben de responder ambos por el artículo 1902 CC por culpa *in vigilando*, tal y como se acaba de apuntar, el Tribunal Supremo también entiende que no, y lo hace valorando tanto la negligencia material de la entidad ejecutora del trabajo, como la experiencia y conocimientos de quien la eligió en el ámbito de la actividad encomendada. Es decir, el Supremo entiende que ambos, comitente y dueño de la obra, eran personas legas en la materia, por lo que no deben responder por el artículo 1902 CC.

Además, como en este caso no hay prueba de que el comitente actuara de forma negligente al seleccionar al contratista independiente, ni tampoco hay el elemento riesgo que cabe apreciar en la actividad constructiva, y que se erige en título objetivo de la responsabilidad de quien se beneficia con dicha actividad, hecho que se vincula exclusivamente a la empresa contratista, no cabe atribuir responsabilidad civil por hecho propio al comitente.

En conclusión, parece que la diferencia entre los supuestos en los que el propietario ha sido considerado responsable civil y en los que no, radica, de un lado, en el conocimiento o desconocimiento que el propietario pudiera tener de que existía riesgo de causar daño a tercero y, en caso de tener conocimiento del mismo, no hubiera instado a los agentes de la edificación a poner una solución. De otro, responderá cuando los daños sean causados como consecuencia de una incorrecta elección de los intervinientes en la obra al no tener, *a priori*, la cualificación necesaria. Por lo que, en

ocasiones, la jurisprudencia no tiene inconveniente en hacer responder al propietario con base a normas jurídicas ya existentes, aunque las obras se hayan realizado a través de un contratista independiente⁵⁹³. Bien al contrario de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos del *common law*, que al no tener normativa específica, deben recurrir a la construcción doctrinal de los “deberes no-delegables” cuyo cumplimiento diligente por parte del comitente no le libera de la aplicación de responsabilidad vicaria, por tener el deber de procurar medidas de protección al edificio colindante mientras realizan obras en el propio edificio⁵⁹⁴.

⁵⁹³ A parte de los artículos ya analizados, se encuentran por ejemplo, el artículo 590 CC o los artículos 17 y ss. de la LOE, que hace responder civilmente y de modo directo a los profesionales de la edificación. En efecto, el art. 17.4 LOE extiende la responsabilidad del promotor a las personas físicas o jurídicas que, en virtud de contrato o de su intervención decisoria en la promoción, actúen como promotores bajo la forma de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, ya que, tal y como se prevé en la exposición de motivos de la LOE, “[A] la figura del promotor se equiparan también las de gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios, u otras análogas que aparecen cada vez con mayor frecuencia en la gestión económica de la edificación (...)”. Por lo tanto, conforme al art. 9 LOE, se ha ampliado el concepto de promotor respecto al definido por la jurisprudencia en el art. 1591 CC, y se abandona la intencionalidad lucrativa como característica del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción, porque “el beneficio no tiene que ser imperativamente económico –sin dejar de lado que la recurrente fue la vendedora de las viviendas–, y en su concepto cabe incluir actuaciones de política social y económica protectora y tuteladora de las clases más necesitadas (...)”. En este sentido SSTS 22.6.2001 [RJ 2001\5074], 13.12.2007 [RJ 2008\329], y STSJ Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), 31.3.2011 [RJ 2011\3834]. Doctrinalmente, por todos, Miquel González, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, cit., p. 1508 y Álvarez Olalla, “Responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados a tercero”, cit., pp. 107 y ss.

⁵⁹⁴ Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 409 y 410.

3.4. *El supuesto de daños causados por las personas que prestan asistencia sanitaria o servicios médicos*

En cuanto a la responsabilidad civil por los daños causados por las personas que prestan asistencia sanitaria o servicios médicos, primeramente cabe hacer una distinción entre la prestación de asistencia sanitaria en el ámbito privado y en el ámbito público, porque tanto las normas que rigen en ambos ámbitos prestacionales así como los órganos jurisdiccionales que han de conocer sobre la existencia, o no, de un supuesto de responsabilidad civil, son distintos.

En el primer caso –prestación privada de servicios médicos o sanitarios–, se aplican las normas que regulan la prestación de servicios a consumidores (básicamente el *Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* [en adelante, TRLGDCU]⁵⁹⁵ y el Código Civil), y el conocimiento de las acciones ejercitadas corresponde al orden jurisdiccional civil; mientras que en el segundo caso –prestación públicas de servicios médicos–, resultan de aplicación las normas contenidas en los arts. 139 a 146 de la ya citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* [en adelante, LRJAP-PAC] (y preceptos concordantes), correspondiendo la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo según el artículo 9.4 LOPJ: “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive” y del artículo 2.e) LJCA⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

⁵⁹⁶ José Manuel Busto Lago, “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, Jornadas Universitarias Multidisciplinares para la Humanización del Parto (2010. A Coruña), A Coruña, Universidade da Coruña, 2011, (<http://hdl.handle.net/2183/9093>), p. 103. [Fecha de consulta: 7.10.2013].

3.4.1. La prestación pública de servicios médicos o sanitarios

En cuanto a los daños causados por personas al servicio de las administraciones públicas, la LRJAP-PAC impone a la Administración Pública un régimen de responsabilidad objetiva⁵⁹⁷, tanto por los daños causados por el funcionamiento normal⁵⁹⁸ de los servicios públicos, como por el funcionamiento anormal⁵⁹⁹, sin que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra el funcionario o persona al servicio de la administración. La jurisprudencia interpreta “servicio público” en sentido amplio, como toda “función, actividad, gestión o actuación

⁵⁹⁷ La responsabilidad se “canaliza” a través de la Administración, que es la única y directa responsable frente el perjudicado (Art. 145 LRJAP).

⁵⁹⁸ El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de considerar como supuestos de *funcionamiento normal* de los servicios públicos sanitarios, aquellos daños que puedan atribuirse o vincularse a negligencias en la actuación de los profesionales sanitarios y/o a defectos en la organización del servicio; de los daños derivados que son fruto de la irreversibilidad de ciertas patologías; de la limitación de los conocimientos médicos; de la manifestación de efectos secundarios inherentes a determinados tratamientos médicos necesarios; o de la realización de determinadas actuaciones que conllevan un riesgo conocido pero que, en atención a las ventajas que también conlleva, es asumido. Por lo que la Administración Pública Sanitaria responde independientemente de que hubiese concurrido o no culpa en la conducta enjuiciada. Véase al respecto Busto Lago, “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, cit., pp. 127 y ss.

⁵⁹⁹ Los diferentes tribunales han tenido ocasión de considerar varios supuestos de *funcionamiento anormal* de los servicios públicos sanitarios. Entre ellos, la disposición inadecuada del personal sanitario por faltar, por ejemplo, la presencia del ginecólogo o del obstetra en el parto siendo asistido únicamente por la matrona, lo que desencadenó una responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños causados (STS, 3ª, 25.9.2007 [RJ 2007\7017], SAP Barcelona, 21.2.2007 [JUR 2007\216959] o SAP Navarra 11.6.2008 [AC 2008\1674]); o por la disposición inadecuada de los medios, ya sean por las deficientes condiciones del material clínico sanitario, por la falta de medios adecuados e incluso organizativos en relación con la operatividad y/o coordinación de los mismos (STS 31.7.2002 [RJ 2002\7741]); por carencias en la seguridad de las instalaciones sanitarias (STS, 3ª, 24.10.1995 [RJ 1995\7155] y STS, 1ª, 23.2.2006 [RJ 2006\833]); o por la incorrecta o insuficiente realización de las pruebas en orden a realizar un diagnóstico adecuado que permita una intervención inmediata (SSTS, 3ª, 23.2.2010 [RJ 2010\3247] y 9.3.2010 [RJ 2010\4212]).

administrativa⁶⁰⁰ y, además, en el ámbito sanitario, para que haya responsabilidad de la Administración por un acto médico es necesario que el médico haya incurrido en culpa, es decir, que haya una infracción de la “lex artis”.

En efecto, este régimen se aplica sin necesidad de identificar al agente del daño concreto y sin necesidad de demandarlo, aunque quien ejecute el servicio público no tenga la condición estricta de funcionario, y se extiende tanto a concesionarios de servicios públicos como a los contratistas, siempre que actúen en cumplimiento de una orden directa e inmediata de la Administración, o el daño sea consecuencia de un vicio del proyecto realizado por ésta⁶⁰¹, ya que no hay responsabilidad directa del personal al servicio de la Administración Pública, ni conforme a las normas generales de responsabilidad civil (artículos 1902 y ss. del CC), ni de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículos 139 y ss. de la LRJAP).

En efecto, como ha declarado la STS, 3ª, 10.2.1998 [RJ 1998\1452], la característica fundamental de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria consiste en que no cabe demostrar, para exigir responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que han generado un daño hayan actuado con dolo o culpa, como tampoco es necesario probar que el servicio público se ha desarrollado de manera anómala. Sin embargo, existe alguna sentencia puntual en la que el Tribunal Supremo entiende, en contra de la argumentación expuesta, que no siempre existe mala praxis por parte de la actuación médica y, por ello, del centro sanitario. En estos casos, acota el reconocimiento de la responsabilidad cuando exista una limitación

⁶⁰⁰ STS 15.2.1994 [RJ 1994\891].

⁶⁰¹ Sobre la cuestión, véase José Manuel Busto Lago, *La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, en L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. III, Parte especial segunda*, Cizur Menor, Aranzadi –Thomson, 2008, p. 916 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 251.

de medios a disposición de la Administración, y también cuando la misma no haya hecho un uso adecuado de los mismos o incurra en la infracción de la denominada *lex artis*⁶⁰². Algo verdaderamente anómalo, ya que cuando se causa un daño, como por ejemplo por lesiones causadas al feto en el momento de la maniobra de extracción, es claro que se debería haber permitido la imputación de la responsabilidad civil, al menos al centro sanitario en el que tuvo lugar el defectuoso alumbramiento.

3.4.2. La prestación privada de servicios médicos o sanitarios

A) EL RÉGIMEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 148 TRLGDCU

En segundo lugar, se encuentra la prestación privada de servicios médicos o sanitarios. Se trata del régimen previsto en el artículo 148 TRLGDCU fruto de la refundición del artículo 28.2 de la LGDCU de 1984⁶⁰³, según el cual los empresarios responden objetivamente frente a los consumidores y usuarios por los daños causados por aquellos servicios que “por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”.

Así mismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha limitado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva que contempla el art. 148.II del TRLGDCU al ámbito de los daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, con exclusión de su aplicación al personal que

⁶⁰² Así, SSTs, 3ª, 30.10.2007 [RJ 2007\7334] y 29.9.2010 [RJ 2010\6869].

⁶⁰³ Se refiere a la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. (Vigente hasta el 1 de diciembre de 2007).

tiene la condición de profesional sanitario⁶⁰⁴, que proyecta el referido régimen de responsabilidad civil sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no alcanza a los daños imputables directamente a los actos médicos que responderán, generalmente, por culpa propia en base al artículo 1902 CC⁶⁰⁵.

Como ha señalado el propio Tribunal Supremo español en relación con el anterior artículo 28 LGDCU, “la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios [en el caso, sanitarios]”, en los que el defecto puede tener su origen tanto en una conducta negligente individualizada, como en “defectos de organización sin culpas

⁶⁰⁴ SSTS 5.2.2001 [RJ 2001\541], 18.3.2004 [RJ 2004\1823], 26.3.2004 [RJ 2004\1668], 5.1.2007 [RJ 2007\552] y 28.11.2007 [RJ 2007\8427]. En virtud de esta última sentencia, el Alto Tribunal argumentó con razón que, aparte de las dificultades que derivan de la redacción del art. 28, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a los médicos conduciría a la consecuencia indeseable e injustificable “de acabar midiendo por el rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuando ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención”. Doctrinalmente, M^a Ángeles Parra Lucán, “Comentario al artículo 148 TRLGDCU”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, Aranzadi -Thomson, 2009, p. 1742 y Busto Lago, “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, cit., p. 104.

⁶⁰⁵ Aunque la STS 26.3.2004 [RJ 2004\1668], vuelve a analizar y a sintetizar los requisitos que han de concurrir, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, para que pueda enjuiciarse la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios desde el régimen objetivo que resulta del art. 148.II del TRLGDCU para la prestación de servicios sanitarios, la realidad es que la naturaleza del contenido de la actividad desplegada por los médicos o el personal que aplica directamente la asistencia sanitaria, se define en términos de la diligencia en la realización de la prestación, lo que excluiría la aplicación de la responsabilidad objetiva del art. 28 de la LGDCU (actual art. 148 del TRLGDCU). Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en María José Reyes López (Coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 211 y Parra Lucán, “Comentario al artículo 148 TRLGDCU”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., p. 1746.

individualizables”⁶⁰⁶. Efectivamente, dicho defecto, según doctrina dominante, consiste en la falta de cumplimiento de los niveles de “eficacia o seguridad” que derivan de la naturaleza del servicio o de las disposiciones reglamentarias aplicables⁶⁰⁷, y no de las obligaciones que asumen los médicos o facultativos, al comprometerse éstos a prestar la diligencia profesional exigible, por lo que su eventual incumplimiento sólo puede valorarse en términos de culpa. Así, entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 148 TRLGDCU diversos supuestos de responsabilidad empresarial por defectos en la prestación de determinados servicios, servicios que van más allá de los que estrictamente se enumeran en su apartado segundo, pero de los que “en todo caso” les es de aplicación este régimen especial del artículo 148 TRLGDCU: “los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”⁶⁰⁸.

Por lo que es claro, que esta responsabilidad objetiva no afecta a los médicos o facultativos, y es una opinión que ya venía confirmada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la medida en que no aplicaba el antiguo artículo 28 LGDCU a los médicos y personal sanitario que prestan un “servicio sanitario”, sino tan solo a los hospitales, clínicas y centros sanitarios cuando prestaban servicios que, por su propia naturaleza o por disposición reglamentaria, debían cumplir los requeridos niveles de pureza, eficacia o seguridad, bajo controles técnicos y profesionales (así, por

⁶⁰⁶ SSTS 4.12.2007 [RJ 2008\251] y 23.1.2009 [RJ 2009\1271].

⁶⁰⁷ Entre otros, Martín Casals / Solé Feliu, “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en M. José Reyes López, (Coord.), *Derecho Privado de Consumo*, cit., p. 297.

⁶⁰⁸ Según opina la doctrina, dicha enumeración tiene carácter ejemplificativo y su enunciado debe complementarse con la regla general contenida en el apartado primero. Véase Parra Lucán, “Comentario al artículo 148 TRLGDCU”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, cit., pp. 1740 y ss.

ejemplo, quirófanos que deben cumplir determinados niveles de limpieza y esterilización, empleo de determinados instrumentos y aparatos técnicos cuyo funcionamiento debe someterse a ciertos controles, etc.). La jurisprudencia más reciente confirma ese criterio al señalar que “la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”⁶⁰⁹.

B) EL RÉGIMEN PREVISTO EN EL CÓDIGO CIVIL

Por otro lado, como ya apuntábamos, la prestación privada de servicios médicos o sanitarios, se puede regular a través del Código Civil. Por lo que cabe preguntarse, si las compañías de seguros y los centros sanitarios deben responder civilmente como comitentes por los daños causados por sus facultativos y personal sanitario aunque sean contratistas independientes. Para ello se expondrán tres puntos de vista diferentes.

En primer lugar, y respecto de si debe responder el comitente en base al artículo 1903.IV CC, es práctica generalizada en nuestro país interpretar que los facultativos y personal sanitario prestan sus servicios con independencia de criterio, de acuerdo con su conocimiento científico y técnico, sin que por lo general, sufran interferencias por parte de las entidades de seguros ni de los hospitales. Así, por ejemplo, se constata que ni los médicos de cabecera ni los especialistas se encuentran sujetos a las directrices o a posibles protocolos que eventualmente pudieran imponer las

⁶⁰⁹ STS 4.11.2010 [RJ 2010\7988]. Doctrinalmente, Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 71; y Martín-Casals, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de contrato de seguro*, Cuadernos de Seaida, núm. 6, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2011, p. 90.

entidades con las que colaboran⁶¹⁰. Es más, “las entidades de seguros de asistencia sanitaria no parecen dirigir o controlar de forma sistemática la actuación de los facultativos o centros hospitalarios hasta el punto de poder afirmar que entre aquéllas y éstos existe una relación de subordinación que establezca el vínculo de dependencia determinante de la responsabilidad ex art. 1903.IV CC”⁶¹¹. A menos, claro esté, que entre ambos exista o bien una relación laboral, o bien, el comitente se haya reservado facultades de dirección o control sobre estos facultativos, por lo que si se dan los demás requisitos del artículo 1903.IV CC, sí que responderá por hecho ajeno el comitente por las actuaciones negligentes del auxiliar. Es decir, derivará el carácter de auxiliar del médico y del personal sanitario, en los casos en que la propia mutua o entidad de seguros de asistencia sanitaria o el propio centro sanitario se obligue, frente al mutualista o asegurado o paciente, a prestar el servicio por medio de personal a su servicio o en sus propios centros hospitalarios.

En línea de lo señalado, se encuentra la mencionada STS 4.12.2007 [RJ 2008\251], la cual cita que “la existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos casos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios, según la califica habitualmente la jurisprudencia. Para llegar a esta conclusión debe salvarse el escollo de que el médico es un profesional independiente, el cual, en principio, responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte

⁶¹⁰ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pp. 26 y ss., y 45.

⁶¹¹ Martín-Casals, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de contrato de seguro*, cit., p. 88.

del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-”.

Del *dictum* de esta sentencia deriva el segundo supuesto por el que puede responder el comitente. Siempre que éste no seleccione a los contratistas independientes en el sentido de reunir la capacitación profesional y técnica necesaria para llevar a cabo la gestión, será considerado responsable por infringir el deber general de diligencia dispuesto en el artículo 1902 CC⁶¹². Y también responderán en base este artículo, por las actuaciones de control sobre la actividad de los profesionales, cuando así lo requieran las circunstancias del caso, y siempre dentro del ámbito de organización y gestión propias de las entidades de seguros o de los centros sanitarios. Así sucederá, por ejemplo, cuando mediante quejas o reclamaciones de los asegurados o los pacientes, se detecten problemas en la actuación de un médico concreto, o de un servicio particular⁶¹³.

En último lugar, el comitente podría responder todavía, de acuerdo con la regla general del artículo 1902 CC, en base a la llamada “doctrina de la apariencia”, que podría fundamentar una eventual responsabilidad del comitente cuando éste, con sus actuaciones, hubiera creado la apariencia de que los facultativos y centros hospitalarios actuaban como dependientes suyos, y el asegurado, de buena fe, hubiera confiado de forma razonable en dicha apariencia⁶¹⁴.

En definitiva, a efectos de la responsabilidad del comitente, la doctrina del contratista independiente afirma que, por regla general, el comitente no

⁶¹² STS 9.7.2004 [RJ 2004\5121].

⁶¹³ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 113.

⁶¹⁴ Un estudio exhaustivo se encuentra en *infra* III. 5. de este Trabajo.

responde por los daños que causan los contratistas independientes en el ejercicio de la actividad encomendada, salvo que el comitente se hubiera reservado la vigilancia o la participación en los trabajos lo que, en realidad, comportaría que ya no se tratase de un contratista independiente sino dependiente. Además, la doctrina del contratista independiente también permite identificar diversos ámbitos de actuación en los que el comitente, a pesar de actuar por medio de un contratista independiente, puede todavía ser considerado responsable por infringir el deber general de diligencia dispuesto en el art. 1902 CC. Y a efectos de la responsabilidad de los facultativos y personal sanitario, responderán por culpa propia en base a la infracción de la *lex artis*, y nunca de modo objetivo.

3.5. *El supuesto de la comunidad de propietarios*

Respecto si la comunidad de propietarios puede responder civilmente, interesa especialmente el supuesto de cuando se produce un accidente por el mal funcionamiento del ascensor, tanto si la víctima es un propietario del inmueble, normalmente una persona de la propia comunidad de propietarios, ya un tercero. La jurisprudencia ha venido condenando a indemnizar a la empresa de mantenimiento por los daños sufridos por terceros y, generalmente, se tiene en cuenta el incumplimiento por parte de la empresa de alguno de los deberes impuestos por el Real Decreto 2291/1985, de 8 de noviembre, *por el que se aprueba el Reglamento de aparatos de elevación y manutención de los mismos* (en adelante RAEM)⁶¹⁵. En ocasiones, no obstante, se establece también la responsabilidad solidaria del propietario del ascensor en base “a la conducta omisiva de no reparar ni inmovilizar el

⁶¹⁵ BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1985. El art. 11 de esta ley les otorga como obligaciones, ente otras: las de revisar, mantener y comprobar la instalación, poniendo especial atención a los elementos de seguridad del aparato, manteniendo un buen funcionamiento y la seguridad de las personas y las cosas, enviar a personal competente o Interrumpir el servicio del aparato cuando se aprecie riesgo de accidentes hasta que se efectúe le necesaria reparación.

ascensor (...). Por otra parte, el Reglamento (...) precisamente impone al propietario la obligación de conservar el ascensor y, de no estar en correcto estado, impedir su utilización”⁶¹⁶ cuando no ofrezca las debidas garantías de seguridad para las personas o las cosas⁶¹⁷. Aunque ya el art. 28 de la LGDCU incluía la referencia a los ascensores, las reclamaciones suelen basarse en el artículo 1902 CC.

También responde la comunidad de propietarios en base el artículo 1902 CC, cuando se causa un daño por la falta de medidas de seguridad⁶¹⁸ o por la omisión de conservación⁶¹⁹. No obstante, el Tribunal Supremo no aplica el artículo 1902 CC, y sí la regla general recogida en el artículo 1903.IV CC, de no hacer responder al comitente cuando contrata a un especialista en la materia. Tal es el caso de la ya comentada STS 13.5.2005 [RJ 2005\3996], sobre el fallecimiento de un operario por la caída del andamio en el que trabajaba. La comunidad de propietarios contrató a una

⁶¹⁶ STS 25.10.2001 [RJ 2001\8670].

⁶¹⁷ Art. 13 RAEM referente a los Propietarios.

⁶¹⁸ Así, STS 18.12.2003 [RJ 2003\8793], en la que se hace responder civilmente a la Comunidad de propietarios por los daños sufridos por la tala de un árbol a un empleado de fincas urbanas que prestaba servicios de cuidado y conservación de las zonas ajardinadas de la urbanización. El Tribunal Supremo la condenó por entender que era un trabajo no comprendido en su contrato y porque la Comunidad no comprobó que se adoptaban las medidas de seguridad elementales cuando se trata de una actividad peligrosa que requiere equipos especializados con experiencia en ese tipo de trabajos.

⁶¹⁹ STS 12.12.2002 [RJ 2002\10931], que declara la responsabilidad civil tanto de la empresa instaladora por la falta de inspección y vigilancia del trabajador, de la propia víctima, así como de la Comunidad de propietarios por la muerte por electrocución de éste, cuando sustituía las conducciones de gas del inmueble y manipulaba unos tubos que tenían los bornes al descubierto. Precisamente, por ese mal estado de la instalación eléctrica se hace responder a la comunidad de propietarios. Y la misma doctrina aplica la reciente STS 12.4.2013 [RJ 2013\3161], pero, en este caso, para no declarar la responsabilidad civil de una Comunidad de propietarios de la muerte por electrocución del hijo de un propietario mientras limpiaba la piscina de su parcela con una paleta saca-hojas, a consecuencia de no estar la línea de alta tensión a la altura reglamentariamente establecida, por lo que la paleta tocó el cable de alta tensión provocándole la muerte. En este caso, entendió el Alto Tribunal que dicha comunidad no omitió el deber de conservación, ya que quedó probado que la seguridad, el mantenimiento y la explotación del tendido eléctrico, corrían exclusivamente a cargo y en beneficio de la compañía eléctrica codemandada.

empresa para la realización de unas obras y ésta lo subcontrató al operario fallecido. Precisamente, por entender el Alto Tribunal que se estaba ante un contratista independiente al tratarse de una empresa totalmente autónoma en su organización y medios, no hizo responder a la comunidad de propietarios ni a la empresa que le contrató por mediar, además, entre ellas un contrato de arrendamiento de servicios. Cabe resaltar que el Alto Tribunal tampoco se plantea la teoría de hacer responder al comitente o al dueño de la obra por el artículo 1902 CC por la mala selección de la contratista.

3.6. Conclusión: la necesidad de un análisis casuístico

De todo lo expuesto, se evidencia que nuestro derecho no necesita tener un listado como el del *common law* que identifique el contenido concreto de esos “deberes no-delegables” para hacer responder al principal. El motivo básico es que aplican los deberes en respuesta a las deficiencias percibidas respecto la responsabilidad vicaria ya que, principalmente, aplican esta responsabilidad sólo en el ámbito de los contratos laborales o de servicios aunque, como se ha apuntado ya en este trabajo, la tendencia última es la de comenzar a abarcar también las situaciones fuera del estricto sector laboral, como es el caso del voluntariado o de las relaciones de hecho sin necesidad de revisar el marco tradicional de la responsabilidad vicaria⁶²⁰. Diferencia que se da en la mayoría de los ordenamientos de la Europa continental, incluido el ordenamiento español, que utilizan un concepto amplio de dependencia y, por consiguiente, extienden la aplicación de la responsabilidad por hecho ajeno a otros sujetos que no tienen la estricta condición de empresario, así como, a todas aquellas situaciones en las que una persona (auxiliar) actúa bajo la dependencia de otra (principal) que percibirá los beneficios de la actuación del primero.

⁶²⁰ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 626 y 640, y Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 124.

Por consiguiente, los mismos se utilizan en el derecho inglés y norteamericano para solucionar el problema del concepto de dependencia, cosa que no sucede en nuestro ordenamiento porque, de un lado, muchos de estos deberes suelen tratarse de regímenes de responsabilidad objetiva, o bien, están regulados bajo un concepto amplio de dependencia que “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal, ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”⁶²¹.

Y aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha señalado anteriormente, empieza a indicar algunos criterios que, si se dan, pueden decretar la existencia de una relación de dependencia entre el principal y el auxiliar, siempre que se den los demás requisitos del precepto, como por ejemplo, el de hacerse cargo de la seguridad e higiene en el trabajo o el de solicitar permisos a la Administración, la realidad es que no hay la necesidad de una figura equivalente a la de los “deberes no-delegables” del derecho norteamericano o inglés⁶²², ya que gracias a la existencia del enfoque tan amplio del vínculo de dependencia, permite integrar dentro del ámbito de aplicación de la norma, situaciones que en el derecho angloamericano quedan fuera de su alcance. Por esta razón, con la sola reserva de facultades de dirección, instrucción o vigilancia, es decir, la mera existencia del nexo de dependencia es suficiente para accionar la responsabilidad civil del artículo 1903.IV CC.

Por todo lo expuesto, la consolidada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo de forma reiterada, rechaza hacer responder por hecho ajeno al comitente por los daños causados por el contratista independiente, al declarar que la responsabilidad debe recaer,

⁶²¹ Así, SSTs 2.11.2001 [RJ 2001\9641], 13.6.2003 [RJ 2003\4127], 14.5.2010 [RJ 2010\3494] y STS 1.6.2010 [RJ 2010\2659].

⁶²² Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 91 y ss.

exclusivamente, sobre éste último, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre el primero y la contratista. Cuestión distinta es que el comitente pueda acabar respondiendo en base otros fundamentos. Tal es el caso de los llamados *non-delegable duties* del derecho angloamericano, que surgen cuando se considera que el comitente tiene el deber de soportar los riesgos que derivan de determinadas situaciones o actividades, sin que pueda exonerarse de ellos por el hecho de haber designado un contratista independiente o probado que éste ha sido seleccionado de modo diligente⁶²³. O bien, y ya en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se demuestra la negligencia del comitente en la selección de los contratistas independientes, o se demuestra el incumplimiento de ciertos deberes residuales de vigilancia general y de control de ciertos aspectos de la actividad del contratista que recaen sobre el comitente (p.ej. de seguridad e higiene), debiendo tener siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto (p. ej. la negligencia del contratista independiente como ejecutor de la obra especializado o si quien contrató al contratista independiente era persona lego en la materia), para ponderar su alcance y su existencia. Estos supuestos no tienen que ver con la relación de dependencia del art. 1903.IV CC, sino con la infracción de diligencia del art. 1902 CC.

Por lo que, como ha reconocido la doctrina española y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, fuera del régimen de responsabilidad por hecho ajeno, existen determinados deberes de diligencia de los que no puede sustraerse quien encarga una gestión a otro, aunque no exista relación de dependencia y, en estos casos, el comitente responde por hecho propio *ex* art. 1902 CC.

⁶²³ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 74.

III. La actuación del auxiliar dentro del ámbito de las funciones encomendadas

1. Criterio general

Una vez acreditada la relación de dependencia, el problema se centra en cómo interpretar y qué límites pueden existir en la exigencia de que el daño se haya producido en el ejercicio de las funciones encomendadas al auxiliar, claro está, para poder imputar responsabilidad al principal.

En efecto, el tercer presupuesto que debe concurrir para apreciar la responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC es que la actuación del auxiliar que provoca el daño por su culpa se produzca dentro del ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas. En este sentido, este requisito así como la problemática que presenta, existen en todos los ordenamientos jurídicos, ya sean regímenes de responsabilidad vicaria⁶²⁴, ya de culpa presunta del principal⁶²⁵, como también existe en las dos recientes propuestas europeas de aproximación legislativa más trascendentes, las cuales señalan que responderá el principal por el daño causado por sus auxiliares “en el ejercicio de sus funciones” (Art. 6:102(1) PETL) o cuando el auxiliar “ha causado el daño en el desempeño de su empleo o servicio” (Art. VI 3:201 (1) DCFR). Del mismo modo, el § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law*

⁶²⁴ Como por ejemplo, el artículo 1384(5) *Code Civil*, que habla de la actuación “dans les fonctions auxquelles ils les ont employés”, así como la doctrina y jurisprudencia inglesas que requieren que el daño se haya causado “in the course of employment” (Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 508 y Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 419).

⁶²⁵ Como por ejemplo, el § 831(1) BGB que utiliza la expresión “in Ausführung des Verrichtung” (“en la ejecución de la actividad”).

of Agency norteamericano habla de que la actuación del auxiliar debe realizarse “within the scope of employment”⁶²⁶.

Como señala De Ángel⁶²⁷, los conceptos de *servicio y funciones*, “no han de entenderse en un sentido riguroso de actividad material típica confiada al dependiente, sino que deben alcanzar también a aquellas incidencias que tengan su origen o su marco en el desempeño de la actividad y que se hallan racionalmente vinculadas con ella”. Por lo que, lo realmente importante es la existencia de relación de causalidad entre el daño y el desempeño del servicio o función encomendados⁶²⁸. De ahí radica la principal dificultad de este requisito, que no es otro que determinar, qué grado de conexión ha de existir entre la conducta del auxiliar, y la existencia o no de extralimitación en las funciones dadas por el principal, ya porque actuó al margen de ellas o las desobedeció⁶²⁹. Elemento clave, en especial, cuando la responsabilidad por hecho ajeno es vicaria ya que se convierte, entonces, en la vía primordial para permitir la exoneración del principal. Por consiguiente, se tendrá que estar a si el principal responde, sólo por los actos negligentes de sus auxiliares o también por los de naturaleza dolosa.

⁶²⁶ El *Restatement* explica que se utiliza este requisito porque en aquellos casos en que la conducta ilícita de un empleado se encuentra fuera de la gama de actividades que un empresario puede controlar, al quedar sometido el principal bajo la responsabilidad vicaria, no se le incentiva a adoptar medidas para prevenir el daño. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, Comment b) al Art. 7.07, cit., p. 200.

⁶²⁷ Ricardo De Ángel Yáguiez, “Comentario del artículo 1903”, en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código Civil, vol. 9, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Arts. 1903 al 1976*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 28. El mismo autor, también, en *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 366.

⁶²⁸ Yzquierdo Tolsada habla de nexo de ocasionalidad, de manera que el desempeño de las funciones asignadas viene a ser la ocasión necesaria del hecho dañoso. Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 271. Recientemente, Navarro Mendizábal / Veiga Copo, *Derecho de Daños*, cit., pp. 333 y ss.

⁶²⁹ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 197.

1.1. *Modo inapropiado de llevar a cabo la tarea*

Para dar una posible respuesta a esta cuestión, se presentan tres enfoques diferentes a partir de homogeneizar los distintos presupuestos que aplican los ordenamientos jurídicos de diferentes países. La primera teoría la representan los ordenamientos jurídicos de Inglaterra, Alemania, Polonia, o Suiza, que consideran que la línea divisoria puede trazarse distinguiendo, por un lado, entre el modo inapropiado de llevar a cabo la tarea encomendada (lo que incluye desobedecer las instrucciones, la actuación negligente e incluso la intención dolosa de causar daño), que responsabilizaría al principal y, por otro, aprovechar la ocasión que brinda el empleo o relación de subordinación para causar el daño⁶³⁰. El mero hecho de que el auxiliar incumpla alguna orden o prohibición, o que con su actuación perjudique los intereses del principal, hace que este último responda civilmente ante la víctima, ya que lo primordial es que el auxiliar actúe dentro del ámbito de las funciones, porque aunque lo ejecute mal, no deja de ser un modo de cumplir con lo ordenado⁶³¹. Por lo tanto, para poder superar la dificultad que plantea cómo determinar si se está dentro o fuera “del ámbito de las funciones”, el criterio que normalmente se utiliza es si existe o no suficiente relación o conexión (*close connection*) entre la actuación del auxiliar y las tareas asignadas.

Antes del establecimiento de esta teoría en Inglaterra, durante muchos años se decretó la responsabilidad vicaria del empresario por los actos de un auxiliar bajo la tradicional prueba *Salmond*. La misma consideraba que un acto estaba dentro del curso del empleo si se trataba de “(1) un acto ilícito autorizado por el principal, o (2) un modo ilícito y no autorizado de hacer un

⁶³⁰ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 77.

⁶³¹ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 96.

acto autorizado por el principal”⁶³². El ejemplo jurisprudencial paradigmático de esta doctrina se encuentra en el caso inglés *Rose v Plenty*⁶³³. La Corte de Apelación bajo esta prueba, consideró que el auxiliar actuó dentro del “curso del empleo” (*in the course of employment*), porque en contra de una prohibición expresa de la compañía –los vehículos de la empresa no podían llevar niños–, un lechero llevó a un niño con él en su ronda de repartición de leche. Debido a su conducción negligente, el niño resultó herido. La Corte sostuvo la responsabilidad vicaria del empresario, ya que el trabajador todavía continuaba realizando el servicio para el que fue contratado, a pesar de que lo hizo de una manera no autorizada⁶³⁴.

Posteriormente, la Cámara de los Lores siguió el ejemplo de Canadá y abandonó la tradicional *prueba Salmond*, sustituyéndola por la prueba *close connection*. La misma valora si el daño producido está lo suficientemente conectado con el trabajo por el que había sido contratado el trabajador. Por lo que el empresario es ahora considerado responsable respecto de los actos del empleado, cuando exista una “estrecha relación” con su empleo. Este cambio importante y fuente de inspiración para la Cámara de los Lores emanó de una decisión canadiense, *Bazley v Curry*⁶³⁵. En el caso se reclamó contra una organización sin ánimo de lucro, que operaba sobre el tratamiento y cuidado de los niños emocionalmente

⁶³² Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 360 y 361; y Wingfield, “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 337.

⁶³³ [1976] 1 WLR 141, pp. 144 y 145.

⁶³⁴ El tribunal señaló respecto del auxiliar, que “sus obligaciones consistían en la entrega de leche, recoger el dinero y devolver las botellas a la furgoneta. Al permitir formar parte del negocio de los empresarios al niño, aunque prohibida, porque el empleado actuaba de forma no autorizada, era una conducta que estaba dentro del curso del empleo (...). Este caso cae dentro de las situaciones en las que la prohibición sólo afecta a la conducta en el ámbito de la contratación y como su actuación no cayó fuera de esa esfera, la conducta del repartidor se realizó en el curso del empleo, por lo que los dueños son responsables vicarios”.

⁶³⁵ [1999] 17 4 DLR (4th) 45.

difíciles. A pesar de los controles pertinentes que se llevaron a cabo, un trabajador pederasta abusó de los niños que estaban bajo el cuidado de la organización. El Tribunal Supremo de Canadá determinó que debía responder vicariamente el principal por los daños causados por el auxiliar, debido a que “creó o mejoró significativamente” el riesgo del abuso.

Jurisprudencialmente en el derecho inglés, se encuentran diversos ejemplos. Aunque hoy el punto de partida de este enfoque moderno se encuentra en la sentencia *Lister v Hesley Hall*⁶³⁶. En ella se establecieron cuatro enfoques diferentes de conexión o relación estrecha⁶³⁷, que fueron desarrollados posteriormente por Lord Nicholls en la sentencia *Dubai Aluminium Co Ltd. v Salaam and Others*⁶³⁸, la cual citó que “la conducta ilícita debe estar tan estrechamente conectada con los actos que el empleado (...) está autorizado a hacer, que a los efectos de la responsabilidad civil del empresario frente a terceros, la conducta ilícita puede considerarse justa y adecuada según lo hecho (...) mientras actúe en el curso ordinario (...) del trabajo del empleado”.

⁶³⁶ [2001] UKHL 22, [2002] 1 AC 215. El caso versa sobre un guardia de un internado de chicos que abusó sexualmente de diferentes niños sin el conocimiento del empresario. Los chicos solicitaron una indemnización a la escuela. El Tribunal de Apelación llegó a la conclusión de que los actos del guardia no podían considerarse como un modo no autorizado del ejercicio de sus funciones autorizadas (uno de los criterios de la antigua prueba *Salmond*). Mientras que la Cámara de los Lores estimó el recurso y, en un enfoque más bien excepcionalmente pragmático, Lord Steyn declaró que la prueba debía establecer si los agravios del guardia eran tan estrechamente relacionados con su empleo, que sería justo y equitativo mantener a los empresarios responsables vicarios.

⁶³⁷ Se estaría dentro del ámbito de las funciones: (I) cuando sea justo mantener a los empresarios vicariamente responsables (Lord Steyn); (II) cuando el empresario asuma una relación con el demandante impuesta por deberes específicos de responsabilidad civil, y el empleado sea la persona a quien el empresario ha encomendado la realización de ese derecho (Lord Hobhouse); (III) cuando los objetivos del empresario no puedan lograrse sin un grave riesgo de que el empleado que comete el daño lo ha cometido efectivamente. El empleador es responsable sólo si se demuestra que el riesgo es inherente a la naturaleza del negocio (Lord Millett); (IV) cuando el hecho ilícito puede verse como diferentes formas de llevar a cabo el trabajo que el empresario ha autorizado (Lord Clyde).

⁶³⁸ [2002] UKHL 48, [2003] 2 A.C. 366.

Aunque se trate de una prueba con un criterio opaco e impreciso, su continuidad es probablemente inevitable, sobre todo cuando se quiere lograr un resultado justo, en los casos en que el empleado ha actuado intencionadamente o ha cometido un delito que tenga alguna relación con su empleo⁶³⁹. Es más, esta nueva línea de la jurisprudencia de la Cámara de los Lores, se apoya en la doctrina de la idea subyacente, de que los daños causados por el auxiliar son una manifestación típica de riesgos suficientemente inherentes o característicos de la actividad del empresario, aunque el auxiliar contravenga las instrucciones recibidas, sólo para hacerle soportar la pérdida. Dicho de otra manera: “uno se siente tentado a sugerir que los tribunales tienden a ampliar el concepto de “curso de su trabajo” si, al hacerlo, están sirviendo a más de un “objetivo importante”⁶⁴⁰.

Este criterio se sigue de un modo parecido tanto por los tribunales alemanes como por los suizos. Para éstos, la conducta del empleado tiene que estar dentro del ámbito de sus funciones (*Ausführung der Verrichtung*), lo que significa que tiene que haber una relación directa entre las instrucciones que ha de llevar a cabo el auxiliar en la actividad y el acto que causa el daño. Es decir, debe de existir una “conexión sustancial” (“*innerer oder sachlicher Zusammenhang*”) entre la conducta del auxiliar y la tarea encomendada, para poder imputar la responsabilidad al principal⁶⁴¹. Así mismo, los tribunales interpretan esta relación en un sentido amplio. Por ejemplo, es suficiente para invocar la aplicación del § 831 y hacer responder al principal, si un conductor causa un accidente por el transporte de una excavadora propiedad del empresario, aunque éste no tenga una licencia de uso en la vía pública, ni una licencia de conducir, y el principal le hubiese

⁶³⁹ Ver también, sobre casos de agresión sexual a menores, *Maga v. Birmingham Archdiocese of the Roman Catholic Church* [2010] EWCA Civ 256, y *Catholic Child Welfare Society v. Institute of the Brothers of the Christian Schools* [2012] UKSC 56. Doctrinalmente, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 160 y ss.

⁶⁴⁰ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 510.

⁶⁴¹ Van Dam, *European Tort Law*, ídem., p. 503.

ordenado explícitamente sólo a él hacer el transporte de la excavadora⁶⁴². Lo mismo se aplica a un delito doloso, si el trabajo del empleado le dio la oportunidad de llevar a cabo el acto. Es el caso, por ejemplo, de un empleado de la oficina de equipaje de una estación de tren que roba una maleta que había sido depositada en él⁶⁴³.

Y al contrario, cuando no exista suficiente conexión entre la actuación y la actividad llevada a cabo por el auxiliar, de modo que entre una y otra tan sólo existió una mera coincidencia en el tiempo y el espacio, se considera que el auxiliar actuó “fuera de las funciones” (*ausserer Zusammenhang*), por lo que se excluye la responsabilidad del principal⁶⁴⁴.

1.2. La intención que ha movido a actuar al auxiliar

Para un segundo grupo (que incluye, entre otros, Estados Unidos, Israel o Sudáfrica) el criterio decisivo parece ser la intención que ha movido a actuar al auxiliar, es decir, si la intención era la de favorecer los intereses del principal, aunque incumpla una orden, infrinja una prohibición o contravenga los intereses del principal. Si es así, se entiende que la actuación se encuentra dentro del ejercicio de sus funciones, mientras que si

⁶⁴² BGH 20.9.1966, VI ZR 258/64, *VersR* 1966, 1074.

⁶⁴³ BGH 9.5.1957, II ZR 327/55, BGHZ 24, 188 (tanto la sentencia de la nota anterior como ésta sentencia están citadas en Van Dam, *European Tort Law*, ídem, p. 503).

⁶⁴⁴ Por todo ver, Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 98. Este autor cita, como ejemplo, un caso suizo, en el que el principal quedó exonerado de responsabilidad al considerar, el tribunal, que el auxiliar había actuado, no en ejecución de las funciones que le habían sido encomendadas, sino sólo “en ocasión” de éstas, lo que quedaba fuera del régimen de responsabilidad que permite imputar al principal los actos dañosos de sus auxiliares. Ver también, Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 270.

actuó de un modo puramente personal, la conducta ilícita quedaría fuera del ámbito del ejercicio de las mismas⁶⁴⁵.

En efecto, para el § 7.07 *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano, la conducta ilícita de un empleado se encuentra fuera del ámbito del empleo, tal y como se indica en el inciso (2) de dicho artículo, cuando la acción del empleado se encuentra fuera del control efectivo de la empresa. Es decir, si la conducta ilícita de un empleado no está relacionada ni con el trabajo asignado por el principal ni con una línea de conducta sujeta al control del empleador, la conducta está fuera del ámbito del empleo. Por lo que, si un auxiliar realiza una conducta relacionada con el trabajo con el único propósito de promover sus propios intereses o los de un tercero, su conducta estará fuera del control efectivo del principal, lo que lo exonerará de responsabilidad⁶⁴⁶. Y viceversa, ya que según el comentario c) del § 7.07 *Restatement (Third) of the Law of Agency*, afirma que mientras la intención del auxiliar sea la de favorecer los intereses del principal, aunque desempeñe mal las funciones, deberá responder, por entenderse que el auxiliar está actuando *within scope of employment*. La razón estriba en que, aunque mal, es una manera de cumplir con las instrucciones dadas por el principal y, en muchos casos, la negligencia del auxiliar consistirá, precisamente, en infringir una orden, una prohibición, o en cumplir erróneamente la tarea que le fue asignada⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ Vide por todos, Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 301, y allí más referencias.

⁶⁴⁶ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, cit., Comm. b), § 7.07, p. 199.

⁶⁴⁷ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, ídem, Comm. c), § 7.07, p. 203, que cita literalmente: “La conducta de un auxiliar se halla dentro del ámbito de las funciones cuando supone el cumplimiento de la tarea asignada por el principal. El hecho de que el auxiliar desarrolle la tarea negligentemente no permite considerar su conducta fuera del ámbito de las funciones, ni tampoco el hecho de que el auxiliar cometa un error al desempeñar la tarea. Del mismo modo, la actuación no cae fuera del ámbito de las funciones simplemente porque un auxiliar no siga las instrucciones del principal”.

1.3. Que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo

Finalmente, un tercer grupo de diferentes ordenamientos jurídicos, como Francia, Italia o España, adoptan un enfoque mucho más amplio y el principal deberá responder siempre que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo que desempeña, incluso si el motivo que mueve a actuar al auxiliar es puramente personal⁶⁴⁸. En efecto, Francia toma probablemente la posición más enérgica exigiendo únicamente un vínculo objetivo entre el acto del auxiliar y el trabajo. Este requisito general se cumple si el acto se llevó a cabo durante las horas de trabajo, lo que implica, por ejemplo, que una empresa que emplee limpiadores de oficinas será responsable por las llamadas de larga distancia que realice el limpiador en una de las oficinas del cliente, y también responderá el empresario del pintor que pidió volver a pintar la cocina de una casa señorial, por los daños causados a la criada violada por éste⁶⁴⁹.

En efecto, la *Assemblée Plénière* de la *Cour de cassation* optó, ya en 1988⁶⁵⁰, por una interpretación amplia del requisito. El caso se refería a un vendedor de seguros de viaje que trabajaba en la compañía de seguros *La Cité*, y que vendió productos financieros a una anciana. Éste se quedó de manera fraudulenta con más de la mitad de los pagos de la mujer por lo que, posteriormente, la anciana demandó al vendedor y a la compañía de seguros por los daños causados. La Corte de Casación sostuvo que el vendedor había actuado dentro de sus funciones “aunque sin autorización, y por el mero hecho de que algunos de los pagos fuese desviado después de la suscripción del contrato (...), no puede exonerar a los compañía *La Cité* de su responsabilidad cuando se aprovechó de las ventas que se registraron con

⁶⁴⁸ Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., pp. 301 y 302.

⁶⁴⁹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 515.

⁶⁵⁰ Cass., ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, Bull. ass. plén. n° 218.

regularidad y que ha emitido los títulos correspondientes”. Es claro que no se dio la condición de exoneración necesaria para evitar la responsabilidad que declara el art. 1384(5) *Code civil* cuando señala que el empresario (*commettant*) sólo puede exonerarse de responsabilidad, si el empleado (*préposé*) actúa fuera de las funciones para las que se empleó, sin autorización, y por fines ajenos a las tareas que se le encomiendan. Estos tres requisitos acumulativos son difíciles de probar para el principal, tal y como refleja la sentencia. Es más, aunque el principal actúe con la suficiente supervisión o cuidado en la elección de su empleado, no le excluirá de responsabilidad al tratarse de una responsabilidad objetiva (*responsabilité de plein droit*)⁶⁵¹, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico inglés. No obstante, lo mismo pasa en los ordenamientos que tienen una responsabilidad por negligencia con una inversión de la carga de la prueba, tal y como sucede en Alemania (§ 831 BGB) o en el caso español (art. 1903.IV CC), ya que los tribunales aplican reglas adicionales que conducen a resultados no muy diferentes de los alcanzados en los países con un régimen de responsabilidad objetiva.

1.4. “Con ocasión de sus funciones”

Esta última concepción amplia del requisito de que el acto ilícito debe ser cometido en las funciones para las que han sido empleados, provoca que la responsabilidad del principal se extienda también en aquellos supuestos en los que el auxiliar causó un daño actuando fuera de las funciones, pero “con ocasión de éstas”, tal y como cita textualmente el artículo 1903.IV CC cuando habla de daños causados “con ocasión de sus funciones”, porque se extralimita, abusa o actúa fuera del ámbito temporal o espacial de la

⁶⁵¹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 506 y 507.

empresa⁶⁵². No obstante, este enfoque amplio tampoco está exento de problemas, pues se enfrenta inevitablemente a la necesidad de definir los límites entre aquellas extralimitaciones que pueden imputarse al principal y aquellas que, por sus características, ni siquiera pueden considerarse realizadas “con ocasión de las funciones asignadas”, por lo que impiden trasladar la responsabilidad al principal⁶⁵³. Es lo que sucede en el caso español que, al no excluir la responsabilidad del principal cuando el auxiliar actúa al margen de las funciones encomendadas o “con ocasión de éstas”, hace necesario que se deban definir bien los límites de este enfoque.

Ya la doctrina española de finales de los setenta, declaraba que la jurisprudencia civil, lo mismo que la penal, ha exigido el requisito necesario para reclamar responsabilidad civil del principal que se deduce del artículo 1903.IV CC, además de la relación de dependencia, que el acto ilícito civil o penal en que hubiesen incurrido aquéllos tuviere lugar en el desempeño de sus obligaciones, en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Así mismo, también declaraba que no es necesaria una relación o vínculo laboral en sentido estricto para su

⁶⁵² Por Francia, véase Garland-Carval, “Liability for Damage Caused by Others under French Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 94 y Viney / Jourdain, “Les conditions de la responsabilité”, en Jacques Ghestin (Ed.), *Traité de Droit Civil*, cit., pp. 995 y ss.; Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 431. Respecto del ordenamiento español, Martín-Casals / Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 243; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 271 y 272 y Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 196.

⁶⁵³ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 100.

existencia, ya que basta una relación de servicio en beneficio del principal⁶⁵⁴.

Por esta razón, la responsabilidad del principal no ha de quedar excluida por el simple hecho de que su actuación haya tenido lugar fuera del horario de trabajo o de las instalaciones del principal, o haya implicado contravenir una orden o prohibición de éste. Nuestra jurisprudencia, como se verá, recoge multitud de casos en que a pesar de producirse la actuación del auxiliar al margen de las funciones encomendadas, hace responder al principal. Sin embargo, el principal no responde de todos los daños que cometan sus auxiliares, puesto que puede darse la circunstancia de que aquéllos hubieran incurrido en una clara extralimitación en el momento ilícito causante del daño. En este sentido, la STS, 2a, 14.3.2013 [RJ 2013\3963], afirma que “debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario. Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo. Relación que según los casos, habrá de atender al dato *espacial* (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa), *temporal* (en el horario o tiempo de trabajo); *instrumental* (con medios de la empresa); *formal* (con uniforme de la empresa) o *final* (la actividad delictiva se orienta al beneficio de la empresa) (énfasis añadido)”⁶⁵⁵.

Efectivamente, aun y ser cierto el fundamento de estas sentencias, no lo es menos que el auxiliar aunque actúe al margen de las funciones encomendadas, normalmente responderá el principal. La razón estriba en que el Tribunal Supremo español parte de un criterio laxo, al entender que es suficiente para considerar responsable al principal que el daño se haya

⁶⁵⁴ Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 560 a 585.

⁶⁵⁵ En el mismo sentido, STS, 2a, 6.2.2008 [RJ 2008\1850].

causado con ocasión de las funciones o servicios encomendados, aunque el dependiente se haya extralimitado temporalmente en sus funciones o realice actividades accesorias a las encomendadas, siempre y cuando su actuación se relacione de algún modo con la actividad principal⁶⁵⁶. Como indica la propia doctrina civilista, la citada expresión “describe un supuesto de hecho amplísimo, pretendiendo seguramente abarcar todas las actividades que sean concordantes, accesorias, preliminares o necesarias para el servicio de los ramos”⁶⁵⁷.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de definir, qué se entiende por actuación “con ocasión” de las funciones. Así lo refleja la STS 7.9.2006 [RJ 2006\6521]⁶⁵⁸, al afirmar que “[L]a situación fáctica descrita permite considerar que la actividad se realizaba «con ocasión de sus funciones»: artículo 1903 IV CC, puesto que esta expresión comprende *las actuaciones de los trabajadores que presenten una conexión preliminar o accesorial con la actividad de la empresa* (énfasis añadido) «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados»”.

Esta sentencia incluye, pues, dentro de la definición “con ocasión” de las funciones, aquellas actuaciones de los trabajadores que presenten una

⁶⁵⁶ Sobre esta cuestión, por todos, Lacruz *et alii*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., p. 499 y Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 28 y 29.

⁶⁵⁷ Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil, II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 346.

⁶⁵⁸ El caso versa sobre la existencia de responsabilidad civil directa del titular de una empresa de seguridad, al entender el Alto Tribunal, que quedaba acreditada tanto la relación de dependencia como la existencia de la conexión de la actividad del auxiliar, es decir, concurren los presupuestos para la apreciación de culpa *in vigilando* que establece el artículo 1903.IV CC, cuando el principal permitió que un dependiente suyo, el jefe de seguridad, utilizase fuera de servicio, una arma de la empresa para practicar clases de tiro con futuros aspirantes que debían incorporarse como trabajadores en la empresa. A raíz de la negligencia del auxiliar, ya que el arma llevaba munición defectuosa prohibida, cuando uno de los alumnos disparó el arma, ésta explotó ocasionándole serias lesiones.

conexión preliminar o accesoria con la actividad de la empresa. De ello se deduce que siempre que un empleado cause un daño, en el que se aprecie una conexión preliminar o accesoria derivada de la realización de su actividad laboral, el principal no se exonera por el hecho de que el dependiente haya actuado fuera del lugar y de las horas de trabajo; o se produzca una variación en la ejecución del servicio encomendado; o cuando el dependiente cause el daño dolosamente, ni tampoco cuando incumple las órdenes del empresario. Por consiguiente, tal y como se apuntaba anteriormente, debe haber, necesariamente, relación de causalidad entre el daño y el desempeño del servicio o función encomendados⁶⁵⁹. Por consiguiente, la presencia de cualquiera de estos indicios, *a priori*, implica considerar que el empleado estaba actuando en el ejercicio de sus funciones cuando causó el daño por lo que el empresario responderá por ellos⁶⁶⁰.

1.5. Las llamadas “conexión funcional” y “conexión circunstancial”

Tal y como se ha visto, poder determinar cuando el dependiente ha actuado dentro del ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas, no es tarea fácil. Algún autor⁶⁶¹ lo ha intentado sintetizar usando la conexión funcional y la conexión circunstancial, aunque a mi entender estos criterios encorsetan la visión amplia que quiere otorgar el Tribunal Supremo al ámbito de las funciones. No obstante, veo interesante hacer un breve apunte.

⁶⁵⁹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 271. Recientemente, Navarro Mendizábal / Veiga Copo, *Derecho de Daños*, cit., pp. 333 y ss.

⁶⁶⁰ Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 198.

⁶⁶¹ Lloveras Ferrer, “Sobre l’ àmbit de l’execució de les obligacions o serveis en l’art. 120.4 CP. A propòsit de la STS, 2a, 18.10.2007”, cit., p. 8.

Se entiende por conexión funcional cuando el dependiente causa el daño durante el desarrollo o ejecución de las funciones o actividades que le ha encomendado el principal. Lo que comporta que, una interpretación estricta de la conexión funcional, conduciría a afirmar únicamente la responsabilidad del principal cuando el daño causado por el empleado se produjera en la ejecución propia de sus funciones. Es decir, el empresario sólo tendría que responder cuando el daño fuese consecuencia del trabajo de su empleado, cuando fuese consecuencia, en definitiva, de la misma actividad de la empresa. Así, cuando el trabajador no estuviese trabajando, ni llevando a cabo ninguna de sus obligaciones laborales, el empresario no tendría que responder. Tal sería el caso, por ejemplo, de la supresión del régimen de la responsabilidad civil subsidiaria del principal (art. 120.4 CP), puesto que difícilmente se encontrarían supuestos en los cuales el principal encomendase a sus subordinados la comisión de hechos delictivos⁶⁶². Pero, no es menos cierto, que si se realiza una interpretación excesivamente amplia de este concepto, terminaría por extender la responsabilidad civil del principal más allá de su esfera de control. Así mismo, sigue argumentando la doctrina científica, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que la actividad del autor del daño o perjuicio ha de hallarse inscrita dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas o de las tareas encomendadas al infractor, de tal manera que no será posible extender la responsabilidad del empresario, si el agente se extralimita notoriamente en sus servicios o ejecuta los actos con total independencia de los cometidos que tenía asignados y debía desempeñar⁶⁶³.

De otro lado, se entiende por conexión circunstancial, cuando el vínculo es una interpretación que pasa de la ejecución concreta de la actividad o función del ámbito de ejecución a la esfera propia de la actividad de la empresa. Y justo así lo entiende el Tribunal Supremo, admitiendo que

⁶⁶² Zelaya Etcheagaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 443.

⁶⁶³ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. V., *La Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., p. 383.

aquellas conductas que suponen un actuar totalmente en contra de la actividad encomendada o se realizan fuera de la actividad empresarial, pueden generar también responsabilidad del principal si no escapan de su control⁶⁶⁴. Por lo que, si los comportamientos del agente se realizan con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas y fuera de todo control del principal, este no responderá.

La STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828], basó el fallo utilizando la interpretación restrictiva del concepto “conexión funcional”, posiblemente ajustada al caso concreto e hizo, además, un llamamiento a la necesidad de fijar los límites negativos de la imputación de responsabilidad al principal, entendiendo que no tiene que producirse cuando las actividades llevadas a cabo por el empleado “no tienen una conexión funcional, sino sólo circunstancial con su trabajo”. En el caso, el Tribunal niega la responsabilidad civil de un banco por los cheques entregados por el director de una de sus agencias, considerando que lo había hecho como negocio privado al margen de sus atribuciones como director (no dependencia funcional), y teniendo especialmente en cuenta que el banco había advertido al posterior perjudicado de la falta de conformidad de la firma del director. Quizás es más claro el caso ya mencionado y resuelto por la STS 10.10.2007 [RJ 2007\6813], en la que no se consideró responsable civil al club de baloncesto por las lesiones causadas por uno de sus jugadores a un empleado de un hotel puesto que, en aquel momento, a pesar de encontrarse en un desplazamiento con el equipo, no estaba bajo la supervisión ni organización ni tampoco bajo el control del club.

En efecto, en ocasiones, no se apreciará que la conducta del agente causante del daño deriva del cumplimiento de la actividad encomendada en un sentido funcional, incluso se podrá entender que la conducta concreta queda totalmente desligada de las instrucciones dadas por el principal, pero

⁶⁶⁴ Lloveras Ferrer, “Sobre l’àmbit de l’execució de les obligacions o serveis en l’art. 120.4 CP. A propòsit de la STS, 2a, 18.10.2007”, cit., pp. 11 y ss.

es posible que todavía haya la posibilidad de analizar si se dan las circunstancias dentro del ámbito de ejecución de la actividad (temporal, espacial o local) que permitan afirmar la imputación de responsabilidad al principal.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece la existencia de conexión circunstancial entre el infractor y el principal cuando existe el aprovechamiento, precisamente por la condición de empleado, y los medios o circunstancias favorables que este hecho puede representar en el caso concreto para cometer el daño, como criterio que permite decretar la responsabilidad del principal. Este hecho puede darse, por ejemplo, en los casos en que se genera una confianza hacia la víctima, amparándose el auxiliar en la credibilidad de la empresa para la que trabaja o por el cargo que ostenta en dicha empresa, como sucede en los supuestos de estafas y apropiaciones indebidas, en las que el Alto Tribunal no parece dudar en hacer responder a las entidades bancarias o aseguradoras (sobre esta cuestión *vide infra* III.5).

En general, se aprecia en la mayoría de ordenamientos jurídicos, una tendencia a flexibilizar este requisito, lo que permite hacer responder al principal, no sólo por los actos negligentes de sus auxiliares, sino también por los de naturaleza dolosa⁶⁶⁵ siempre, claro esté, que los hechos ilícitos dañosos no provengan de actos personales del auxiliar. Pero, tal y como se verá en las páginas siguientes, es tarea complicada poder determinar si se está o no ante una extralimitación del auxiliar de entidad suficiente para poder exonerar, si es de recibo, al principal. Es más, en el derecho español, la doctrina ha tratado a veces de identificar los factores que permiten resolver si, en un supuesto concreto, existió o no extralimitación. Sin

⁶⁶⁵ Sobre esta cuestión, que se desarrollará en las próximas líneas, vide Giliker, *Vicarious Liability: A Comparative Perspective*, cit., p. 146.

embargo, la cuestión no es sencilla, y la propia doctrina advierte que la aplicación jurisprudencial de estos factores encuentra excepciones⁶⁶⁶.

2. Actuación fuera del lugar de trabajo y de jornada laboral

Cuando el dependiente actúa fuera del lugar y de las horas del trabajo encomendado y causa un daño a tercero es jurisprudencia que su actitud puede conllevar responsabilidad al principal. De acuerdo con lo señalado con anterioridad, se necesita una cierta relación de causalidad entre la función que realiza el auxiliar y el daño respectivo, de manera que pueda afirmarse que el daño se ha causado dentro de la esfera de la actividad del civilmente responsable⁶⁶⁷. Por ello, una de las pocas posibilidades de exoneración que tiene el principal es mediante la prueba de que el dependiente se extralimitó en su función, ya que el hecho de que haya alguna extralimitación respecto de las funciones que tenía otorgada el empleado no exonera, en principio, al empresario de su responsabilidad civil (subsidiaria, si es el caso)⁶⁶⁸. Por lo que las sentencias que se tratarán seguidamente, mostraran como el Tribunal Supremo esgrima este criterio para determinar si el dependiente, cuando causó el daño, actuaba o no con ocasión de sus funciones, aun encontrándose fuera del lugar (ámbito espacial) y horas de trabajo (ámbito temporal), para poder así, o bien declarar la responsabilidad civil del empresario, o bien excluirla.

⁶⁶⁶ Véase por ejemplo el trabajo del profesor Santiago Cavanillas Múgica, *Comentario a la Sentencia de 26 junio 1990. Responsabilidad civil derivada de delito, responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones*, Madrid, CCJC núm. 23, 1990, p. 767.

⁶⁶⁷ Barceló Doménech, *la responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 310 y 311.

⁶⁶⁸ Así, lo afirman acertadamente, las SSTs, 2a, 17.10.2002 [RJ 2002\9168] y 14.3.2013 [RJ 2013\3963], al señalar que “extralimitaciones siempre las hay cuando se cometen infracciones penales”.

Para ello, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el acto ilícito. Tal es el caso de un camarero de hotel que asistía a una fiesta organizada por la empresa para sus empleados, ausentándose de ella para cometer los delitos de robo, violación y homicidio, argumentando que, si bien es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, su presencia en el lugar de los hechos, y las facilidades para acceder a ese lugar, se derivan de su relación de dependencia con la empresa⁶⁶⁹. Por lo que se declaró a la misma, responsable civil subsidiaria. O también el caso de la reciente y mencionada STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], en la que el Tribunal condena a “Cruz Roja” por la novatada que realizó un voluntario marinerero suyo a otro voluntario al que le causó serias lesiones. Cruz Roja asignó al marinerero las tareas de supervisión de achicar agua de las lanchas de salvamento que realizaban varios voluntarios, entre ellos, la víctima. En esas labores de supervisión, que, según el Tribunal no estaban al margen de la dirección, control y vigilancia de Cruz Roja, fue cuando el marinerero realizó la novatada. El Alto Tribunal aprecia responsabilidad civil del principal en base a que “los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”⁶⁷⁰.

Efectivamente, el auxiliar causa el daño con ocasión de las funciones al ejercer la actividad encomendada dentro de la organización y del control de la empresa, por lo que no hay ninguna desconexión entre el daño

⁶⁶⁹ STS, 2a, 23.6.2005 [RJ 2005\5627].

⁶⁷⁰ Así, incluso cuando los hechos ocurren en un lugar alejado del establecimiento, debe responder el principal, tal y como sucede en la STS, 2a, 18.10.2010 [RJ 2010\7862], que versa sobre unos porteros de un pub que causan lesiones a dos personas que pretenden inicialmente entrar en el local causando la muerte a uno de ellos. El incidente inicial se produce cuando estaban desempeñando esa función en la puerta del pub, aunque las heridas enjuiciadas se realizaran después una vez hubieron salido en persecución del fallecido y del otro lesionado, por lo que el nexo de causalidad que residencia todo lo ocurrido con posterioridad y en lugar distinto, resulta claro e indubitado que se lleva a cabo en el marco de sus funciones de porteros.

producido y las funciones encomendadas, aunque claro esté, el comportamiento llevado a cabo por el marinero no fuese la actividad exactamente encomendada. Es decir, para el Tribunal Supremo, aunque esté claro que el marinero se extralimitó, no por ello dejó de actuar en sus funciones. Por consiguiente, el mero hecho de realizar el daño dentro de la organización de la empresa le es suficiente al Tribunal para apreciar la existencia de esta responsabilidad.

Esta línea seguida por el Tribunal Supremo español es también la tendencia dominante en el contexto comparado. Tal es el caso del Derecho francés, que ya señalábamos anteriormente que parte de una interpretación amplia del concepto al igual que España, que exige únicamente un vínculo objetivo entre el acto del auxiliar y el trabajo. Este requisito general se cumple si el acto se llevó a cabo durante las horas de trabajo⁶⁷¹. Por lo que si el trabajo ofrece la ocasión y los medios de culpa (“l’occasion et les moyens de sa faute”), se entenderá que el auxiliar está actuando dentro de sus funciones, porque el empleo ofrece la ocasión, el momento (tiempo) o el lugar para cometer el acto ilícito (por ejemplo, si la tarea se realiza durante la jornada de trabajo), o el medio (por ejemplo, la víctima es golpeada por un coche que se ha dicho al empleado que conduzca). Asimismo, el tribunal examinará más factores subjetivos, tales como si el dependiente estaba actuando en interés del empresario, cuál era el propósito y su objetivo, si la causación del daño fue previsible y evitable por el principal, si la víctima no fue consciente de que el auxiliar estaba actuando en su propio nombre, etc.⁶⁷²

Esta amplitud que otorga la jurisprudencia francesa partió de la ya citada decisión de la *Assemblée Plénière* de la *Cour de cassation* de

⁶⁷¹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 515 y 516.

⁶⁷² Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 431.

19.5.1988⁶⁷³. La misma no representa una nueva fórmula, pero sí la aceptación del principio de la responsabilidad vicaria como una forma de responder a los riesgos derivados de la mala conducta de los auxiliares. Pero las tensiones continúan entre los objetivos opuestos de garantizar, de un lado, una indemnización a las víctimas y, de otro, proteger a los auxiliares así como no colocar una carga demasiado pesada a los empresarios. Sin embargo, esto no ha impedido que los tribunales, posteriormente, rechacen esta responsabilidad cuando la víctima tiene motivos para creer que el empleado actúa fuera del ámbito de su empleo⁶⁷⁴. Hecho que ocurrió, por ejemplo, en la sentencia de 12.5.2011⁶⁷⁵, en la que se afirmó que el principal sólo se exonera de responsabilidad si prueba que el auxiliar actuó fuera del ejercicio de sus funciones, sin autorización y con un propósito ajeno a su trabajo.

Y la misma tendencia amplia siguen incluso aquellos ordenamientos jurídicos que, como el Reino Unido o los Estados Unidos, partían originariamente de planteamientos más restrictivos que excluían la responsabilidad por los actos de sus empleados fuera del tiempo y de los límites espaciales de la empresa⁶⁷⁶. En efecto, en el Reino Unido, la sentencia ya citada de *Maga v. Birmingham Archdiocese of the Roman*

⁶⁷³ Cass., ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82, 654, Bull. ass. plén. n° 218, que versaba sobre un vendedor de seguros de viaje que trabajaba en la compañía de seguros *La Cité*, y que se apoderó del dinero de una anciana a través de la venta de productos financieros.

⁶⁷⁴ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 432.

⁶⁷⁵ Civ. 2e 12 May 2011, Bull. Dv. IT, núm. 110.

⁶⁷⁶ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 102.

*Catholic Church*⁶⁷⁷ es un buen ejemplo de la necesidad de examinar esta doctrina restrictiva y aplicar un marco más amplio para poder atribuir responsabilidad al principal por los actos que, en el desempeño de sus funciones, realizan los auxiliares fuera del horario o de las instalaciones de la empresa, ya que es la única manera de poder manejar los horarios de trabajo flexibles que imperan hoy día, y la ubicación de muchos de los empleados actuales⁶⁷⁸.

Y lo mismo ocurre en Estados Unidos, cuando el propio comentario (b) del actual § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, atribuye la posibilidad de hacer responsable al principal por los actos que, en el desempeño de sus funciones, realizan los auxiliares fuera del horario o de las instalaciones de la empresa. Criterio que responde mejor a las circunstancias en las que muchos auxiliares ejercen actualmente su actividad profesional⁶⁷⁹.

Sin embargo lo anterior, no es criterio que valga por sí solo, para hacer responder de modo automático al principal, el basado en las consideraciones fuera del horario o lugar de trabajo, ya que no toda actuación de un auxiliar en esos términos desencadenará tal responsabilidad. Ya se apuntaba que para que ello ocurra es necesario, en primer lugar, que la

⁶⁷⁷ [2010] EWCA Civ. 256. En resumen, la Archidiócesis trató de evitar la responsabilidad vicaria por un caso admitido de abuso de menores por uno de sus sacerdotes, por entender que los hechos se llevaron a cabo fuera del horario y lugar de trabajo. Este último punto fue el de mayor importancia, ya que el Tribunal tuvo que plantearse de qué modo podía determinar el alcance del empleo cuando un empleado no tiene ni horas ni lugar fijo de trabajo. La respuesta fue clara, debía responder la Archidiócesis porque los abusos habían ocurrido “en conexión con los deberes del párroco”, lo que generaba un específico deber de cuidado (*duty of care*) de ésta frente los menores, aunque no existiera relación directa con las actividades estrictamente pastorales.

⁶⁷⁸ Bell, *Vicarious Liability for Child Abuse*, cit., p. 442.

⁶⁷⁹ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., § 7.07, comentario (b), pp. 201-202.

actuación del auxiliar tenga alguna conexión con las funciones asignadas⁶⁸⁰ y, en segundo lugar, que el auxiliar no actúe con finalidades exclusivamente personales, de modo que conviene excluir la responsabilidad del principal en todos aquellos supuestos en los que la actuación dañosa del auxiliar se produzca en un contexto estrictamente personal o con meros fines particulares⁶⁸¹.

Tal es el caso de la STS 6.5.2009 [RJ 2009\2914], que exonera de responsabilidad civil a “Telefónica” por apreciar que la actuación dañosa del auxiliar se produce en un contexto estrictamente personal o con meros fines particulares y sin ninguna conexión con las funciones asignadas. El caso versa sobre los daños causados por un empleado suyo con el coche de la compañía, mientras transportaba a su familia con finalidades particulares, fuera de las horas de trabajo y con plena desvinculación de las funciones que desarrollaba en la empresa.

Para analizar este caso, primeramente, se ha de tener en cuenta que, tal y como apunta la doctrina⁶⁸², cuando hay un uso no autorizado de un vehículo de la empresa, es claro que se está ante un caso de abuso de funciones por parte del dependiente al producirse la causación del daño “con ocasión de sus funciones”. En este caso, el empresario podría llegar a ser

⁶⁸⁰ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 315 y Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 271. En el derecho norteamericano, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, vol. 2, cit., § 7.07, comentario (b), pp. 201 y 202.

⁶⁸¹ En el mismo sentido, von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3457.

⁶⁸² Por todo ver Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 495 y 496. Un análisis exhaustivo de la casuística jurisprudencial de todos los criterios se puede ver en la obra de este autor, en concreto, de la página 439 a 452 de su obra antes citada. Aunque esta monografía se publicó en el año 1995, aún es de gran utilidad para identificar los grupos de casos y su problemática.

civilmente responsable por cuanto, aunque el dependiente actuase en su exclusivo beneficio o interés personal, su trabajo, función o encargo le dieron la ocasión, la oportunidad o la posibilidad de utilizar el respectivo vehículo. A mi modo de parecer y totalmente acertado, el Tribunal Supremo señala que “el conductor accidentado utilizaba el vehículo de su propiedad para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa”. Por lo que su actuación constituía “un acto individual completamente desvinculado de la Empresa con la que estaba ligado laboralmente, desde la idea de que toda responsabilidad ha de conectarse con el servicio asignado al autor directo y que la conducta negligente del empleado se debe producir en el ámbito propio de la actividad empresarial quedando fuera de la misma los supuestos en que los comportamientos o conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado”.

En efecto, el trabajador de Telefónica actúa en contra de las órdenes del principal al usar el vehículo para su exclusivo beneficio e interés personal al darle, su trabajo, la ocasión de utilizar el respectivo vehículo. Lo que significa que la actuación del dependiente escapa del control del principal, premisa indispensable para que no responda el mismo. Así lo resuelve el Tribunal Supremo cuando funda su resolución en base a que es clara la ausencia de control por parte del principal sobre la actividad dañosa del auxiliar, por lo que el Tribunal decreta la inexistencia de responsabilidad civil porque el comportamiento del agente se realizó con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas, fuera de todo control del principal y, sobre todo, en beneficio propio.

Es interesante el caso que presenta la STS 6.7.2005 [RJ 2005\9531]⁶⁸³, sobre el daño producido por el auxiliar dentro del lugar en el que ejerce su profesión habitual pero fuera de las horas de trabajo. Es claro que se está ante un ejemplo de accidente de un trabajador, pero con la peculiaridad de que éste lo sufre fuera de su jornada laboral y habiéndose quedado en la nave de la empresa para realizar una tarea por cuenta y en beneficio propio, sin haber recibido orden alguna del empresario. Las circunstancias del caso dificultan considerar el accidente como un “accidente de trabajo” de acuerdo con lo establecido en el art. 115 del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba *el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*⁶⁸⁴ lo que daría lugar a la acción protectora de la Seguridad Social.

Por lo que ha de plantearse, si los daños derivados del accidente pueden ser resarcidos a la víctima por medio de los remedios generales de la responsabilidad extracontractual, es decir, artículos 1902 y 1903 CC (aunque el abogado de la parte recurrente no cita el segundo), posibilidad que el Tribunal cierra con toda rotundidad al considerar que la conducta del trabajador, que se quedó en el lugar de trabajo después de haber concluido

⁶⁸³ Esta sentencia trata el caso sobre la responsabilidad civil del empresario por el fallecimiento de un trabajador a raíz de la negligencia de otro operario suyo. El trabajador Matías permaneció en una de las naves de la empresa para arreglar su propio vehículo una vez finalizada su jornada laboral. Mientras tanto, otro trabajador de la empresa, Imanol, soldaba con dióxido de carbono la puerta de un turismo que apoyaba sobre dos bidones, uno de los cuales contenía disolvente de limpieza inflamable y explotó a consecuencia de la alta temperatura causada por la soldadura, desprendiendo hacia arriba su parte superior que golpeó en la careta protectora de Matías, quien cayó hacia atrás golpeándose la parte posterior de la cabeza en el suelo y falleció en el acto. La viuda en su nombre y en el de sus dos hijos, demandó a Imanol y a la empleadora. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, y condenó a Imanol y a la empleadora. Por su parte, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revocó la sentencia de Instancia y absolvió a los demandados, argumentando que “el fallecido no había recibido orden de la empresa ni del encargado para llevar a cabo la labor que realizaba; sin que pueda exigirse a las entidades demandadas que vigilen a fin de que sus empleados no permanezcan en sus instalaciones después de la jornada laboral, pues tal estancia fuera del horario normal, sin que el trabajador se lo haga saber a la empresa, excede del control de la misma”.

⁶⁸⁴ BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994.

su jornada laboral, constituyó culpa exclusiva. Sin embargo, no se puede obviar que si se hubiera aplicado el artículo 1903.IV CC, la respuesta también hubiera sido negativa, ya que el empresario no tiene el deber de controlar a los empleados que permanezcan en las instalaciones fuera de su jornada laboral. Por lo tanto, el criterio del control por parte del principal puede aplicarse tanto si el dependiente actúa fuera o dentro del lugar de trabajo pero fuera de la jornada laboral.

En conclusión, dada la importancia de delimitar la amplitud del concepto “con ocasión” de sus funciones, el Alto Tribunal en estas sentencias sitúa los límites negativos de esta responsabilidad. Así, habrá responsabilidad del principal, cuando la actividad llevada a cabo por el auxiliar tenga una clara conexión con su trabajo, ya en el ámbito temporal, ya local, además de una clara existencia de control por parte del principal sobre la conducta del auxiliar. Por lo que se considera que quedan fuera de la actividad empresarial, los comportamientos del agente que se realicen al margen del ámbito de organización, de decisión y de control de la empresa, y con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas al auxiliar⁶⁸⁵. Si no fuese así, siempre respondería el principal, aunque el dependiente actuase en su exclusivo beneficio o interés personal, si su trabajo, función o encargo le diesen la ocasión, la oportunidad o la posibilidad, o fuese el instrumento o el propio cargo laboral que le permitiese causar el daño.

Por lo que, no es criterio que valga por sí solo, el basado en consideraciones de horario o lugar de trabajo para determinar la responsabilidad del principal, pues habrá daños causados como consecuencia de actos delictivos llevados a cabo por el auxiliar fuera de la

⁶⁸⁵ Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1473. Jurisprudencialmente, STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828].

jornada o del lugar de trabajo, pero que tengan relación directa con las funciones encomendadas, de la misma manera que puede haber actuaciones delictivas que encajen temporal y espacialmente en el trabajo, pero que nada tengan que ver con las funciones.

3. Variación en la ejecución del servicio encomendado e incumplimiento de las órdenes del empresario

Cuando el dependiente incumple las órdenes del empresario presenta, al igual que cuando existe una variación en la ejecución del servicio encomendado, la dificultad de determinar si debe responder el principal o no ante la conducta del auxiliar, por una posible extralimitación en sus funciones, ya porque actuó al margen de ellas, ya porque las desobedeció. Aunque no es tarea fácil, la práctica jurisprudencial puede ayudar a acotar esta responsabilidad. Por lo que se trabajará este segundo criterio en base a varios ejemplos jurisprudenciales tanto de la Sala 1ª como de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, siendo necesario hacer una comparativa legal así como jurisprudencial de ambas Salas –sin olvidar en estos términos el Derecho comparado–, para poder decretar con mayor exactitud si se siguen o no los mismos criterios para considerar si la actuación del dependiente está dentro o no de las funciones encomendadas.

3.1. *Ámbito comparado*

Efectivamente, ya se ha apuntado que la mayoría de los ordenamientos jurídicos admiten que habrá responsabilidad del principal cuando el empleado realice actividades que tienen una conexión con su trabajo, pero que si el comportamiento del agente se realiza al margen del ámbito de organización, de decisión y de control de la empresa, y con

absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas, esos comportamientos se consideran que quedan fuera de la actividad empresarial. Por lo que el mero hecho de incumplir las órdenes suministradas o desobedecer alguna de las prohibiciones dadas por el principal no excluye su responsabilidad⁶⁸⁶. Así, por ejemplo, se afirma en Francia que la compañía que emplea personas dedicadas a la limpieza de oficinas responde por los daños causados por el empleado que, infringiendo las instrucciones recibidas, usa el teléfono del cliente de la oficina que debe limpiar para realizar llamadas personales de larga distancia⁶⁸⁷. Esta solución es seguida también por aquellos ordenamientos no tan proclives a hacer responder al principal por una mera extralimitación, tal y como admite el propio comentario c) al § 7.07 del *Restatement (Third) of the Law of Agency*, el cual afirma que mientras la intención del auxiliar sea la de favorecer los intereses del principal, aunque desempeñe mal las funciones, deberá responder, por entenderse que el auxiliar está actuando en el curso del empleo (*within scope of employment*). La razón estriba en que, aunque mal, es una manera de cumplir con las instrucciones dadas por el principal y, en muchos casos, la negligencia del auxiliar consistirá, precisamente, en infringir una orden, una prohibición, o en cumplir erróneamente la tarea que le fue asignada⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13016.

⁶⁸⁷ Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., pp. 300 a 302; y Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 515.

⁶⁸⁸ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, cit., Comm. c), § 7.07, p. 203, que cita literalmente: “La conducta de un auxiliar se halla dentro del ámbito de las funciones cuando supone el cumplimiento de la tarea asignada por el principal. El hecho de que el auxiliar desarrolle la tarea negligentemente no permite considerar su conducta fuera del ámbito de las funciones, ni tampoco el hecho de que el auxiliar cometa un error al desempeñar la tarea. *Del mismo modo, la actuación no cae fuera del ámbito de las funciones simplemente porque un auxiliar no siga las instrucciones del principal* (énfasis añadido)”.

Y a la misma solución llegan los PETL cuando el comentario al Art. 6:102 PETL afirma que “el mal uso del puesto de trabajo no es de por sí razón para que una actuación quede fuera del ejercicio de sus funciones”⁶⁸⁹.

3.2. *Derecho español*

Respecto el Derecho español este criterio es tratado, por ejemplo, en la STS 2.7.1990 [RJ 1990\5756], y muestra que el mismo encaja con lo hasta ahora expuesto. A tales efectos, el Alto Tribunal declara expresamente que no excluyen la responsabilidad del principal “las llamadas extralimitaciones temporales o variaciones en la ejecución del servicio encomendado”. No obstante, y siguiendo su doctrina, en el caso no la aprecia por considerar que la actividad desarrollada por el dependiente era “totalmente ajena o extraña a la función encomendada”. En la sentencia se probó que el propietario de un tractor había autorizado a conducir el vehículo a su empleado a los efectos de realizar tareas agrícolas, pero no, como efectivamente hizo el trabajador, para dirigirse a medianoche a un bar en compañía de unos amigos. Durante el trayecto, el tractor sufrió un accidente y uno de los acompañantes murió. A pesar de que el tractor fue el medio proporcionado por la empresa con el que se causó la conducta ilícita, es claro que la actividad realizada por el empleado no tenía ninguna conexión con las funciones de la misma. Por consiguiente, su comportamiento se realizó al margen del control de la empresa, lo que conlleva, a buen criterio del Tribunal Supremo, a la inexistencia de responsabilidad civil del empresario.

⁶⁸⁹ Moréteau, “Comentarios al Art. 6:102 PETL”, en *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 4, p. 162.

En efecto, el artículo 1903.IV CC exige que los dependientes actúen “en el servicio de los ramos en los que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”. También se recoge en el artículo 120.4 CP, en relación con la responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito, de quienes se dedican a cualquier género de industria o comercio, que habla de actuación de los empleados o dependientes “en el desempeño de sus obligaciones o servicios”. A diferencia del art. 1903.IV CC que mantiene un criterio de imputación subjetiva fundamentado en la existencia de culpa del principal que además se presume, el art. 120.4 CP no contiene ninguna previsión al respecto, ni sobre incumplimientos ni sobre negligencias por parte del principal. Se trata, pues, de un supuesto, al menos teóricamente claro, de responsabilidad vicaria del principal, es decir, se puede afirmar el carácter objetivo de esta responsabilidad por el que responde (por el riesgo generado por la actividad) sin que se haya de apreciar una culpa propia por su parte. Sin embargo, para poder imputar responsabilidad al principal se requieren dos requisitos: la relación de dependencia, que permitirá afirmar que el empleado o similar lo es realmente, y la comisión del delito en ejecución de sus funciones⁶⁹⁰. En relación al criterio de la dependencia, su mera existencia no es suficiente para que responda el principal, ya que éste también debe responder por la actividad que lleva a cabo el empleado, tal y como establece el art. 120.4 CP, bajo lo que denomina *en el desempeño de sus obligaciones o servicios*. El problema se centra en cómo interpretar y qué límites pueden existir, cuando se exige que el delito se haya producido en el ejercicio de las obligaciones o funciones del trabajador para poder imputar la responsabilidad al principal.

En estos casos también se parte de que los daños se tienen que causar durante el desarrollo de las funciones o las actividades que lleva a cabo el trabajador. Y, para la Sala Segunda, la extralimitación como tal no sirve sin más para excluir la responsabilidad subsidiaria ya que, en relación a las obligaciones laborales, se encuentran en toda conducta delictiva que derive

⁶⁹⁰ Lloveras Ferrer, “Sobre l’àmbit de l’execució de les obligacions o serveis en l’art. 120.4 CP. A propòsit de la STS, 2a, 18.10.2007”, cit., p. 15.

de su ejecución. Por consiguiente, equiparar sin más matizaciones la extralimitación con encontrarse fuera del ámbito de ejecución de las funciones encomendadas, supondría la negación de la misma noción de responsabilidad subsidiaria⁶⁹¹. En este sentido, la STS, 2a, 16.12.1992 [RJ 1992\10298]), señala que si la desviación en las instrucciones recibidas del principal excluyera la responsabilidad civil subsidiaria de éste, “la existencia de ésta sería absolutamente excepcional, porque en orden, por ejemplo, a la conducción de vehículos o manejo de armas, las órdenes que se reciben son, por regla general, atinentes a la observancia de las correspondientes normas reglamentarias y no a su vulneración”.

Por lo que, la jurisprudencia española viene interpretando el precepto de forma muy laxa, tal y como lo viene haciendo desde hace varias décadas⁶⁹²: “por más que el empleado vulnere las órdenes o instrucciones de su principal, no queda éste exonerado y exento a menos que, con dicha vulneración, la actuación del empleado, dependiente, obrero o funcionario, quede fuera del círculo, ámbito o esfera de sus obligaciones o servicios, manteniéndose esta responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado cuando lo realizado contra la prohibición del principal prosigue y continúa enclavado e inserto en el seno de dichas obligaciones y servicios”. Y este criterio encaja con la posición defendida, con acierto, por sectores de la doctrina española, que declaran que se da una interpretación extensiva a este requisito cuando el Tribunal Supremo declara “que las meras instrucciones, órdenes o prohibiciones generales dadas por el empresario a sus

⁶⁹¹ Así, tal y como acertadamente afirman las SSTS, 2a, 17.10.2002 [RJ 2002\9168], 28.3.2003 [RJ 2003\2692] y 28.4.2004 [RJ 2004\3462], “extralimitaciones siempre las hay cuando se cometen infracciones criminales”.

⁶⁹² Así, SSTS, 2ª, 13.4.1981 [RJ 1981\1637] y 29.11.1982 [RJ 1982\7217] o la que cita el propio Fernando Peña López, STS 20.5.1958 [RJ 1958\2830], en Peña López, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 13016.

dependientes no le eximen de responsabilidad civil frente a terceros, al no tratarse de actividades abiertas y específicamente prohibidas”⁶⁹³.

No obstante, en un principio, este requisito se interpretaba de manera rigurosa, en el sentido de que el principal sólo respondía cuando el dependiente actuaba dentro de la estricta esfera de funciones que le habían sido atribuidas. Sin embargo, la propia jurisprudencia, especialmente la penal –pues es la que mayoritariamente se ha ocupado de la interpretación del citado presupuesto–, se ha encargado de extender el alcance de la regla⁶⁹⁴. Por lo que, en la actualidad, se considera que el principal sólo se exonera cuando el dependiente causa el daño con total independencia de las tareas que se le asignaron y debía desempeñar. Por consiguiente, el principal sigue siendo responsable por los daños que causa el dependiente con motivo de meras extralimitaciones temporales o de variaciones respecto de lo encomendado, siempre que se encuentren de algún modo relacionadas con la actividad principal⁶⁹⁵.

Por lo expuesto es claro que ambas Salas no mantienen criterios diferenciados en aras a entender el concepto de “*en el desempeño de sus obligaciones o servicios*” para el art. 120.4 CP, así como para determinar si el dependiente ha actuado “*en el servicio de los ramos en que lo tuviera empleado, o con ocasión de sus funciones*” para el art. 1903.IV CC (énfasis añadido). En ambas Salas se hace una llamada a la necesidad de fijar los límites negativos de la imputación de responsabilidad al principal, entendiendo que no ha de producirse la misma en las actividades llevadas a

⁶⁹³ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 476, y Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 316 a 318.

⁶⁹⁴ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 46.

⁶⁹⁵ Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 503.

cabo por el empleado cuando no tengan una conexión con el trabajo, y/o cuando no exista un pleno control del principal sobre dicha conducta. Prueba de ello lo señala tanto nuestra doctrina científica⁶⁹⁶ como nuestra jurisprudencia⁶⁹⁷ al señalar que: “[L]a cuestión de la interpretación de la exigencia del artículo 1903.IV del Código Civil, de que para que responda el empresario, el empleado debe actuar «[en] el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones», exige la determinación de los límites negativos de esta responsabilidad (...). Esta cuestión se ha presentado en todos los ordenamientos jurídicos, de modo que la jurisprudencia francesa ha concluido, no sin muchas vacilaciones, que cuando el trabajador se coloca fuera de las funciones para las que ha sido empleado, sin autorización del empresario y con fines extraños a sus atribuciones, no debe responder el empleador”.

Así lo refleja la mencionada STS, 2ª, 18.10.2007 [RJ 2008\254], en la que el Tribunal Supremo español remarca la necesidad de establecer límites a la imputación de responsabilidad subsidiaria del principal, en ser esta objetiva o cuasi-objetiva, afirmando que es necesario mantener “la necesidad de alguna vinculación entre la actividad del trabajador, en cuanto que ésta reporta un beneficio para su principal (...) con el delito cometido y la responsabilidad de él derivada”. En esta sentencia el Alto Tribunal determina qué es consecuencia y qué no del ejercicio de las funciones o servicios por parte del empleado que justifique, si es el caso, la imputación de responsabilidad subsidiaria del principal.

Los hechos de la sentencia indicaban que Gilberto fue contratado por la empresa “Antres” como controlador del aparcamiento público de unos grandes almacenes que se encontraban cerca de la Facultad de Derecho de Lérida. Durante su horario laboral abordó a una joven estudiante de Derecho

⁶⁹⁶ Por todo ver, Martín-Casals y Solé Feliu en “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código civil*, cit., p. 2060.

⁶⁹⁷ STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828].

cuando se dirigía a recoger su vehículo estacionado en ese aparcamiento. Éste la violó y le causó la muerte por asfixia. La misma es interesante, no por la responsabilidad penal sino por la civil ya que, mientras la Audiencia Provincial y el magistrado que formula el voto particular consideran que la empresa que contrató a Gilberto debe responder subsidiariamente por el art. 120.4 CP, el Tribunal Supremo considera que no.

La Audiencia Provincial justificó que existía relación de dependencia y que además el auxiliar actuó dentro de sus funciones porque realizó el daño dentro del aparcamiento, es decir, en el mismo espacio físico en el que llevaba a cabo su actividad de control, vigilancia y mantenimiento, así como en su horario laboral, lo que le dio la oportunidad de causar el daño. Lo basa en que “la empresa no puede quedar desligada de responsabilidad por acciones cometidas por personas contratadas, cuando estas están ejerciendo su función dentro del área territorial y temporal correspondiente a su obligación contractual”.

El Tribunal Supremo, en cambio, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la empresa, y considera que no es suficiente que el delito se haya cometido en el lugar y durante la jornada laboral, sino que es necesario que tenga una cierta relación también con las funciones que llevaba a cabo el empleado, que denomina “cometido concreto de la actividad laboral”. Es decir, la sola relación de tiempo y lugar –vinculación espacial y temporal, que califica de “coincidencias meramente de tiempo y lugar”, no permite afirmar que el delito tenga relación con sus obligaciones laborales, por lo que tampoco admite fundamentar en ello la responsabilidad civil del principal, ya que es un “comportamiento totalmente ajeno al contenido de su relación laboral”.

De ello se deducen dos conclusiones. La primera es que el Alto Tribunal fundamenta su decisión en base a una interpretación estricta o rigurosa *a contrario* del concepto de conexión, lo que conduce a afirmar que

únicamente habrá responsabilidad del principal cuando el daño causado por el empleado se produzca en la ejecución propia de sus funciones. Es decir, el empresario sólo tendrá que responder cuando el daño sea consecuencia de la misma actividad de la empresa. Teoría totalmente errónea porque no la comparten ni la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español ni la doctrina científica, ya que ambas abogan por una interpretación laxa del concepto. La segunda conclusión sería que el argumento que utiliza el Tribunal Supremo en esta sentencia, versa en aplicar una conexión circunstancial de las funciones pero sin ningún control por parte del principal sobre la conducta del dependiente. Teoría que tampoco comparto ya que, como ya se apuntaba anteriormente, sin control no puede derivarse responsabilidad civil del principal. A mi entender es evidente el aprovechamiento de las circunstancias del tiempo y lugar de trabajo por parte del empleado para causar el daño. Lo que hace pensar que el Alto Tribunal también consideró, y claramente rechazando ambas teorías acabadas de exponer, que el comportamiento del auxiliar quedaba fuera de la actividad empresarial por producirse al margen del ámbito de organización, de decisión y de control de la empresa, y con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas. Si no fuese así, siempre respondería el principal, aunque el dependiente actuase en su exclusivo beneficio o interés personal, si su trabajo, función o encargo le diesen la ocasión, la oportunidad o el instrumento o cargo laboral que le permitiese causar el daño.

En este sentido, sólo respondería el principal cuando se probara que no fue diligente porque podía haber controlado la actuación del dependiente causante del daño, tal y como sucede en las SSTS 7.9.2006 [RJ 2006\6521] y 17.5.2007 [RJ 2007\3542]. En efecto, en ambas sentencias sí tuvo que responder el principal ante la víctima, con la peculiaridad de que era un arma de la empresa lo que el dependiente utilizaba fuera del servicio para causar el daño. La utilización de un instrumento de trabajo permite, en general, afirmar la responsabilidad del empresario. Sin embargo, en algunos casos no ha sido suficiente el uso del instrumento de trabajo. Así, a veces se

niega la responsabilidad del Estado o la Administración Pública competente aunque se haya utilizado el arma reglamentaria de un agente de policía, cuando el daño está desconectado de la prestación de servicios propia de un policía, y la Administración Pública no puede hacer nada para reducir el riesgo de que se produzca el daño⁶⁹⁸. En efecto, si el empresario ha sido diligente y la actuación del dependiente queda al margen o se ejecuta contra la prohibición expresa del empleador, este último no deberá responder civilmente ante la víctima. Es decir, el principal se exonera cuando quien actúa lo hace al margen de la empresa o de su condición de empleado. Así lo reitera la STS 26.2.1996 [RJ 1996\1595], cuando señala que no responde el empresario por el hecho dañoso de su dependiente cuando “el daño se produzca por una actuación fuera del marco de sus funciones y al margen de cualquier dirección, control y vigilancia de quien puede ser declarado responsable civilmente”, dentro de su esfera propia. Es decir, cuando el dependiente causa el daño con total independencia de las tareas asignadas⁶⁹⁹.

Por lo que no hay duda de que la responsabilidad del principal no puede existir en los supuestos en que la actuación dañosa de su auxiliar tiene lugar en un contexto estrictamente personal o con finalidades estrictamente particulares⁷⁰⁰. Y fue por esta razón y con acierto, que el Tribunal Supremo

⁶⁹⁸ Así por ejemplo, las SSTS, 2ª, 8.5.1996 [1996\3802] y 5.7.2002 [RJ 2002\7936], y en la que en esta última, que trata el caso de un policía nacional que mata a su mujer con su pistola oficial, el Estado no es declarado responsable civil subsidiario porque no existe culpa *in vigilando*, y el riesgo no se deriva de la organización del servicio de seguridad pública.

⁶⁹⁹ Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José Mª Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 154.

⁷⁰⁰ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 30.

en la sentencia ya comentada de 10.10.2007 [RJ 2007\6813] ⁷⁰¹, exoneró de responsabilidad al “Club de Baloncesto Breogán” por los daños que causó uno de sus jugadores profesionales de básquet a consecuencia de la agresión de la que fue objeto el portero de un hotel, donde se alojó el autor del daño juntamente con el resto del equipo. La agresión se produjo una vez terminado el partido y cuando el jugador se disponía a abandonar el hotel con un taxi al margen de la estructura organizativa del Club. En opinión del Alto Tribunal, la actuación del jugador se había desarrollado fuera del marco de las funciones por las cuales fue contratado. Después de reconocer que la vinculación profesional de un deportista con su club puede ir más allá del ejercicio estricto de la actividad deportiva, alcanzando aspectos tales como “el lugar de residencia o de estancia, o la forma de traslado a los diferentes lugares donde se llevan a cabo los acontecimientos deportivos”, el Alto Tribunal descarta que esta vinculación se diera en el caso concreto, dado que la actuación dañosa se produjo en el momento en que el jugador “abandonaba el hotel [...] en un taxi, solo, y sin que conste que el traslado se realizaba en el marco de la organización y bajo la supervisión del Club”. En particular, el Alto Tribunal declara que “a los efectos de la responsabilidad civil por hecho ajeno, la referencia al sometimiento a la disciplina del Club ha de entenderse como la sumisión a la organización de la entidad, a las órdenes y a las directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia y para la mejor consecución de los fines anudados a la misma; quedan fuera, por lo tanto, los comportamientos o conductas del agente que se realizan con total independencia de la estructura organizativa del Club, al margen del ámbito de organización, de decisión y, subsiguientemente, de control del mismo, y con absoluta desconexión con sus actividades, o con las funciones encomendadas a su dependiente”.

⁷⁰¹ La víctima interpuso demanda de responsabilidad civil contra el jugador y el club de baloncesto. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial los condenaron solidariamente a indemnizar al demandante, el primero por culpa propia (art. 1902 CC) y el segundo por la regla del art. 1903.IV CC, interpretando el Tribunal que, el jugador, aun irse con un taxi al margen de la expedición deportiva, seguía bajo la disciplina del Club. Interpuesto recurso de casación por el club deportivo, el Tribunal Supremo casó la sentencia de instancia y absolvió al club.

En conclusión, el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación notablemente amplia de lo que se entiende por daño causado en el ejercicio de las funciones propias del oficio, empleo o cargo, pues incluye los daños derivados de incidencias cuyo marco es la actividad de la empresa, aunque haya habido actuación anormal o extralimitada por parte del dependiente. En efecto, se da un enfoque amplio a la actuación del auxiliar en el ámbito de las tareas encomendadas, ya que el principal deberá responder siempre que el acto del auxiliar esté objetivamente relacionado con el trabajo que desempeña, incluso si el motivo que mueve a actuar al auxiliar es puramente personal.

Por esta razón, la responsabilidad del principal no queda excluida por el simple hecho de que su actuación haya tenido lugar fuera del horario de trabajo o de las instalaciones del principal, o haya implicado contravenir una orden o prohibición de éste⁷⁰². La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo recoge multitud de casos, tal y como se ha mostrado a lo largo de este apartado, en los que a pesar de producirse la actuación del auxiliar fuera del horario de trabajo y/o contraviniendo las órdenes del principal, se determina la responsabilidad de éste, y casos en los que se da la situación inversa⁷⁰³. En este sentido, la recientemente citada STS 14.5.2010 [RJ 2010\3493], ha declarado que “los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”. Es decir, que los mismos se produzcan en el ámbito de control de la empresa.

En cambio, parece claro, que la responsabilidad del principal deberá excluirse siempre que la actuación dañosa del auxiliar se produzca en un

⁷⁰² Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 271 y 272.

⁷⁰³ Para un análisis exhaustivo de la casuística jurisprudencial, vide Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 439 a 552.

contexto estrictamente personal o con finalidades exclusivamente particulares y al margen del control de la empresa y con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas al dependiente⁷⁰⁴.

4. Daños causados dolosamente por el auxiliar

El último criterio a determinar, y no por ello de más fácil solución, es el de si produce la responsabilidad civil del principal, la actuación del dependiente dentro del ámbito de las funciones encomendadas o con ocasión de ellas cuando se causa un daño de forma intencional o mediante una conducta constitutiva de delito o falta por parte del auxiliar. Como seguidamente se verá, se está ante casos difíciles, ya que entre los diferentes ordenamientos jurídicos existen divergencias, al menos en sus respectivos puntos de partida.

Anteriormente ya se ha apuntado que la responsabilidad civil del empresario por los delitos o faltas cometidos por sus empleados se encuentra regulada en el art. 120.4 CP. Este artículo establece la responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito y objetiva de las “personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

En efecto, a diferencia del artículo 1903.IV CC, el régimen del artículo 120 CP establece, en opinión de la doctrina dominante, un verdadero sistema de responsabilidad vicaria del empresario por culpa de

⁷⁰⁴ Cf., SSTS 10.10.2007 [RJ 2007\6813] y 6.5.2009 [RJ 2009\2914], daño causado por la agresión del jugador de básquet y por el empleado de Telefónica, respectivamente.

los actos del auxiliar, en el que el responsable civil responde objetivamente, con independencia de su comportamiento negligente, si bien su responsabilidad es subsidiaria y no directa, sólo en defecto del causante directo del daño⁷⁰⁵. Según la doctrina, el fundamento de esta responsabilidad subsidiaria del principal se encuentra en la insolvencia del autor directo del delito o falta causante del daño⁷⁰⁶.

También se apuntaba en el apartado anterior que en un principio, este requisito se interpretaba de manera rigurosa, en el sentido de que el principal sólo respondía cuando el dependiente actuaba dentro de la estricta esfera de funciones que le habían sido atribuidas. Sin embargo, la propia jurisprudencia, especialmente la penal –pues es la que mayoritariamente se ha ocupado de la interpretación del citado supuesto–, se ha encargado de extender el alcance de la regla⁷⁰⁷. Así, en la actualidad se considera que el principal sólo se exonera cuando el dependiente causa el daño con total independencia de las tareas que se le asignaron y debía desempeñar. Por consiguiente, el principal sigue siendo responsable por los daños que causa el dependiente con motivo de meras extralimitaciones temporales o de variaciones respecto de lo encomendado, siempre que se encuentren de algún modo relacionadas con la actividad principal⁷⁰⁸. En esta línea, la STS, 2ª, 26.1.2004 [RJ 2004\1498], señala que “[E]s doctrina jurisprudencial muy reiterada, la de que la responsabilidad civil subsidiaria derivada del artículo 22 del Código Penal se ha ido progresivamente ensanchando mediante una

⁷⁰⁵ Por todos, Montés Penadés, “Comentario al artículo 120 CP”, en Tomás Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, art. 120 CP*, cit., p. 641 y Muñoz Conde / García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 627.

⁷⁰⁶ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 275.

⁷⁰⁷ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 46.

⁷⁰⁸ Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 503.

interpretación que ha tenido muy en cuenta la evolución de las realidades sociales (artículo 3.1 del Código Civil), para comprender en el ámbito de dicha responsabilidad todos aquellos casos en que el sujeto activo del delito actúa en servicio o beneficio del principal, con inclusión de las extralimitaciones, demasías o ejercicio anormal de las tareas encomendadas siempre que «la meta o finalidad última sea la prestación de un servicio u obligación perteneciente al ámbito de la relación contractual establecida»⁷⁰⁹.

A raíz de que el artículo 1903.IV CC habla de “con ocasión de sus funciones”, permite la entrada de la responsabilidad del principal por las actuaciones dolosas o gravemente negligentes de sus auxiliares. De este modo, en principio, esta amplitud del término en el ordenamiento jurídico español, no excluye la responsabilidad del principal cuando el auxiliar realiza el hecho dañoso con una conducta intencional o constitutiva de delito o falta⁷¹⁰. La razón estriba en que este precepto dispone que el dependiente debe actuar en los “ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones”. Es decir, el auxiliar debe actuar en el ejercicio de unas competencias o funciones que le han sido atribuidas por el principal y que tengan que ver con la actividad de la empresa. Como señala Yzquierdo Tolsada, el dependiente actúa dentro del marco de unas competencias, porque ha sido investido en ellas por el principal⁷¹¹ con el fin de cumplir las finalidades de la empresa⁷¹². Ello significa que las funciones son propias de la empresa y se realizan dentro del marco de su organización y bajo las instrucciones, supervisión y control del empresario. Por esta razón, el

⁷⁰⁹ Ver también, STS, 2a, 28.12.1990 [RJ 1990\10102].

⁷¹⁰ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 77.

⁷¹¹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 271.

⁷¹² Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 311.

auxiliar se encuentra incardinado en la estructura organizativa de la empresa y actúa de acuerdo con ella, y por ello responde el principal⁷¹³.

Esta regla la apoya tanto la doctrina⁷¹⁴ como la jurisprudencia española, tal y como ejemplifica la reciente y mencionada STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494], al argumentar que “la conducta intencional de un auxiliar no excluye automáticamente la responsabilidad del principal”. De la misma opinión es la Sala 2ª del Tribunal Supremo⁷¹⁵ cuando señala que el régimen de responsabilidad civil del principal en el Código Penal se interpreta por la jurisprudencia “de forma cada vez más abierta y flexible”, considerando responsable al titular de una “empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, objeto o asunto, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad u objeto, aun con extralimitaciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse”. Como sigue señalando esta Sala “extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales”⁷¹⁶.

Efectivamente, para establecer la responsabilidad del principal es necesario que se dé tanto la relación de dependencia como la actuación del dependiente en el desempeño de sus obligaciones asumidas. En la STS, 2ª, 11.3.2002 [RJ 2002\6891], se consideró que había relación de dependencia entre un monitor y una parroquia que organizaba actividades para niños, por

⁷¹³ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 47.

⁷¹⁴ Por todos, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 316 a 318. Un trabajo exhaustivo de derecho comparado sobre este criterio se encuentra en Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 31 a 37.

⁷¹⁵ SSTS, 2ª, 13.10.1993 [RJ 1993\7377], 24.9.2002 [RJ 2002\8590] y 26.1.2006 [2006\614] entre otras.

⁷¹⁶ Idea que viene pretendiéndose en las SSTS, 2ª, 2.10.2000 [RJ 2000\8480], 24.9.2002 [RJ 2002\8590], 17.10.2002 [RJ 2002\9168], 30.10.2003 [RJ 2003\7523] y 14.3.2013 [RJ 2013\3963], entre otras muchas.

lo que se la declaró responsable civil subsidiario por los delitos de abusos sexuales cometidos por el primero. En cambio, la sentencia no determinó esta dependencia entre la parroquia y el Arzobispado. Dijo la misma que “respecto al Arzobispado de Barcelona, hay que dejar sentado que en el orden jerárquico sólo ejercía funciones de orden pastoral. En el aspecto jurídico, hemos de hacer constar que la Parroquia goza de personalidad jurídica propia e independiente del Arzobispado”.

Son muy frecuentes las resoluciones de esta Sala que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria, o vulnerando normas legales o reglamentarias. Pero, para decretar la responsabilidad civil del principal dimanante del delito, la misma no se plantea de modo objetivo, sino que requiere un engarce o conexión entre el delito con el desempeño de los deberes, premisa de arranque de la responsabilidad civil. Por lo que, para resolver definitivamente esta cuestión, debe hacerse una valoración de todas las circunstancias concurrentes.

En efecto, la STS, 2ª, 26.1.1984 [RJ 1984\412], exoneró de responsabilidad civil al principal, porque “sólo la prohibición expresa, del «dominus» y la desobediencia cierta, por parte del funcionario o empleado, a las órdenes recibidas, exoneran al principal porque la actividad efectuada se halla fuera de la vinculación servicial”, es decir, “la actuación del empleado, dependiente, obrero o funcionario, queda fuera del círculo, órbita o ámbito de sus obligaciones o servicios”. Sin embargo, en los casos en que se ha actuado con total anormalidad respecto la actividad propia como dependiente, pero cometen el delito durante el horario del servicio, el Tribunal Supremo no ha dado una respuesta general clara y, en muchos casos, ha hecho responsable al empresario aunque hay un delito que es una clara extralimitación. En este sentido, es destacable la STS, 2ª, 26.1.2006 [RJ 2006\614], que decreta la responsabilidad del empresario aunque el dependiente, en el caso un vigilante de seguridad de discoteca, se extralimite

en su actuación al perforar dos veces el estómago de la víctima con un arma blanca durante una pelea en la que se vio implicado.

Por el contrario, las citadas SSTS de 6.3.2007 [RJ 2007\1828] y 10.10.2007 [RJ 2007\6813], en las que se desestimaron los recursos de casación de la víctima demandante, en el primer caso por entender el Tribunal que no había responsabilidad *ex art.* 1903.IV CC del Banco demandado, por conocer la víctima la extralimitación en el ejercicio de las funciones propias del director del Banco en conformar un cheque cuando no tenía poder para ello, y en el segundo caso, la sentencia decretó también la inexistencia de responsabilidad del Club de baloncesto por las lesiones causadas por uno de sus jugadores al portero del hotel en el que se alojaba junto a sus compañeros. El Alto Tribunal entendió que el ámbito de las funciones encomendadas a un deportista profesional, no incluye el viaje y desplazamiento en sí cuando lo realiza al margen de la expedición deportiva. Por lo que las reacciones agresivas de sus empleados y más cuando éstas han tenido lugar de manera inapropiada y al margen de la esfera de organización dirección, control y ámbito de actividad, no le es exigible a la empresa.

La misma doctrina aplica el Derecho alemán ante las conductas dolosas de sus auxiliares. El mismo también interpreta, en sentido amplio, el § 831, y entiende que estas conductas criminales no necesariamente están fuera del ámbito de la responsabilidad del principal, siempre y cuando la conducta del auxiliar esté dentro del ámbito de sus funciones (*Ausführung der Verrichtung*). Lo que significa que tiene que haber una relación directa entre las instrucciones dadas por el principal sobre la actividad a realizar y el acto que causa el daño. Es decir, el trabajo debe darle la oportunidad de llevar a cabo el acto⁷¹⁷, tal y como sucedió en el caso del empleado de la oficina de equipajes de una estación de tren que robó una maleta que había

⁷¹⁷ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 503.

sido depositada en él⁷¹⁸. Y también el ordenamiento jurídico francés, al igual que el español, extiende la responsabilidad de los daños causados “en ocasión de las funciones”. Es decir, si el trabajo ofrece o le dio la oportunidad y los medios (*occasion et les moyens*) para la causación del daño, es suficiente para desencadenar la responsabilidad del principal del artículo 1384(5) *Code Civil*, ya que la propia jurisprudencia francesa considera suficiente la mera existencia de una mínima conexión objetiva entre el abuso de las funciones (*abus de fonction*) y las tareas encomendadas⁷¹⁹. Como sucede, por ejemplo, en el caso del empresario que responde civilmente por la violación realizada por un operario suyo, el cual pidió volver a pintar la cocina de una casa señorial para violar a la criada⁷²⁰. No obstante, esto no ha impedido que los tribunales rechacen esta responsabilidad cuando el empleado actúa fuera del ámbito de su empleo⁷²¹, es decir, el principal se exonerará de responsabilidad si prueba que el auxiliar actuó fuera del ejercicio de sus funciones, sin autorización y con un propósito ajeno a su trabajo⁷²².

Mientras que para el Derecho inglés es criterio consolidado que debe existir, necesariamente, alguna conexión entre la actuación del auxiliar y las circunstancias de su empleo que vaya más allá de la mera ocasión para cometer el acto ilícito. Así lo establece literalmente la House of Lords en el

⁷¹⁸ BGH 9.5.1957, II ZR 327/55, BGHZ 24, 188.

⁷¹⁹ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 429 a 433.

⁷²⁰ Por todo ver, Garland-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 301.

⁷²¹ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 432.

⁷²² Así lo establece la sentencia francesa de 12.5.2011, Civ. 2e 12 May 2011, Bull. Dv. IT, núm. 110.

caso ya citado *Lister v Hesley Hall*⁷²³, en la que se cuestionó si los hechos dolosos del guardia, el cual abusó sexualmente de varios menores, estaban tan estrechamente relacionados con su empleo, que sería justo y equitativo hacer responder vicariamente al empresario. Posteriormente, la sentencia *Dubai Aluminium Co Ltd. v Salaam and Others*⁷²⁴ en un caso similar, citó que “la conducta ilícita debe estar tan estrechamente conectada con los actos que el empleado (...) está autorizado a hacer, que a los efectos de la responsabilidad civil del empresario frente a terceros, la conducta ilícita puede considerarse justa y adecuada según lo hecho (...) mientras actúa en el curso ordinario (...) del trabajo del empleado”. En ambos casos, el tribunal entendió que se daba esta conexión estrecha porque el principal asumió frente la víctima ciertos deberes de protección sobre las cosas o bienes dañados. Es decir, hay ciertos deberes que el principal no puede delegar, por lo que su responsabilidad deriva de su asunción voluntaria de la relación entre la víctima con la elección de confiar el ejercicio de tales funciones al auxiliar⁷²⁵. Todo ello en virtud de que las víctimas tienen un interés específico en ser protegidos en el marco de sus relaciones con el principal. Como el presente caso inglés, que hace responder al principal, el dueño del Club nocturno Flamingo del sureste de Londres, por los actos dolosos cometidos por un portero suyo cuando, después de una pelea con un cliente, se fue a su casa, volvió con un cuchillo y atacó a otro cliente en la calle, causándole graves lesiones. En este caso, quedó probado que el propio propietario del Club animaba a los porteros a que fuesen agresivos con los clientes expulsados, lo que permitió al tribunal apreciar una relación de proximidad suficiente entre la conducta del portero y las funciones que le habían sido asignadas, siendo posible declararle responsable vicario de los daños causados⁷²⁶. No obstante, al igual que pasa en el derecho francés, el

⁷²³ [2001] UKHL 22, párrafo 45, [2002] 1 AC 215.

⁷²⁴ [2002] UKHL 48, [2003] 2 A.C. 366.

⁷²⁵ Giliker, “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 437.

⁷²⁶ *Mattis v Pollock* [2003] EWCA Civ 887, [2003] 1 WLR 2158.

principal se exonerará de responsabilidad si prueba que el auxiliar actuó fuera del ejercicio de sus funciones, sin autorización y con un propósito ajeno a su trabajo⁷²⁷.

Sin embargo, los trabajos europeos relativos al derecho de responsabilidad civil son prudentes y evitan dar una respuesta concluyente al tema, pero tampoco excluyen, de entrada, la responsabilidad del principal por el simple hecho de que el daño se haya causado a través de un acto intencional del auxiliar⁷²⁸. Así, los comentarios al art. 6:102 PETL consideran que el mal uso del puesto de trabajo no es una razón que, por sí sola, haga caer la actuación fuera del ámbito de las funciones “por mucho que en algunos casos esto pueda constituir una actuación penalmente relevante”. Al mismo tiempo, señalan que “cuando existe autorización por parte del principal, se le puede imponer responsabilidad, incluso si la actividad queda fuera del ejercicio de sus funciones”⁷²⁹. Por su parte, el DCFR también considera que “el daño causado intencionalmente por los auxiliares se encuentra, en principio, incluido en la responsabilidad” del principal, y que “el daño únicamente se encuentra fuera del contexto de la atribución de responsabilidad, es decir, se entenderá que no se realiza en el ejercicio de las funciones, cuando el auxiliar persiga intereses totalmente personales con ocasión de aquellas”⁷³⁰.

De lo expuesto cabe señalar que, en principio, el principal no se exonera de responsabilidad cuando hay intencionalidad en la conducta del

⁷²⁷ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 516.

⁷²⁸ Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., pp. 511 y 512.

⁷²⁹ Moréteau, “Comentarios al Art. 6:102 PETL”, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 6, p. 162.

⁷³⁰ Von Bar / Clive (Ed.), “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*”, cit., Com. Art. VI. 3:201, p. 3457.

auxiliar por encontrarse el mismo incardinado en la organización empresarial cumpliendo sus funciones aunque haya una clara extralimitación en ellas. Es decir, la conducta del auxiliar tiene que estar lo suficientemente relacionada con las tareas encomendadas. De ahí que el Tribunal Supremo remarque la necesidad de establecer límites a la imputación de responsabilidad del principal, en ser esta vicaria en el artículo 120.4 CP, y también vicaria, en la práctica, para el artículo 1903.IV CC. Por ello, sólo podrá exonerarse de responsabilidad cuando el dependiente actúe en su exclusivo beneficio o interés personal al margen de la esfera de organización dirección, control y ámbito de actividad, aunque su trabajo, función o encargo le den la ocasión, la oportunidad o la posibilidad de cometer el acto ilícito.

En conclusión, los anteriores criterios son, efectivamente, insuficientes por sí mismos, si bien proporcionan datos valiosos, constituyendo indicios que ayudan a examinar si la extralimitación del trabajador fue lo suficientemente excluyente para tener la fuerza exonerativa para su empleador o principal.

5. Responsabilidad del principal basada en la doctrina de la apariencia

5.1. Concepto y características

En este apartado se pretende determinar si existe responsabilidad civil del principal frente a terceros, cuando su auxiliar actúa aparentemente de forma fraudulenta, ya sea dentro de las funciones encomendadas pero extralimitándose en las mismas, ya sea mediante la apariencia de actuar como auxiliar sin serlo en realidad (lo que se vincula con el presupuesto de la dependencia o relación de subordinación)⁷³¹. Determinar esta cuestión es de suma importancia, ya que como se ha visto en el punto anterior, la actuación dolosa del auxiliar no conlleva de manera automática la exoneración de responsabilidad del principal. De aquí que la llamada “doctrina de la apariencia” merezca esta atención aparte.

La *doctrina de la apariencia* tiene su origen en el derecho angloamericano bajo algunas de sus distintas formas –*ostensible agency*, *apparent authority* o *agency by estoppel*–. Con la creación de esta doctrina se pretendió desarrollar un criterio adicional dirigido a apreciar la responsabilidad del comitente o del principal ante determinadas situaciones⁷³². Ya se apuntaba en anteriores páginas, que es erróneo pensar que las únicas reglas de atribución de la responsabilidad vicaria del principal sean las derivadas de una relación laboral. Hay casos en que las palabras de una persona o sus acciones pueden ser atribuidas a otra aunque actúe fuera del ámbito del empleo. Por lo que la clave estriba en determinar si entre el actor del daño y la persona a quien se le atribuyen estas acciones existe un

⁷³¹ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 69.

⁷³² Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 926.

vínculo suficiente. Si es así, nacerá la dependencia cuando estas acciones o palabras estén autorizadas, ratificadas, adquiridas o conspiradas por el principal aunque el causante del daño sea un contratista independiente⁷³³.

Así lo hace patente el actual *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano en sus §§ 2.03⁷³⁴ y 7.08⁷³⁵, los cuales contemplan la doctrina de la apariencia. En ambos artículos se establece la responsabilidad vicaria del principal cuando el agente actúa con la aparente autorización concedida por él ante un tercero, y éste confía razonablemente en dicha apariencia⁷³⁶. Así, para que la apariencia permita extender la responsabilidad al principal, el tercero deberá, en primer lugar, creer razonablemente que el agente actuaba dentro del ámbito de las funciones que le habían sido encomendadas y, en segundo lugar, creer que esa apariencia era atribuible a las manifestaciones o actitudes hechas por el principal y es por ellas que actúa ilícitamente el agente. Es en relación a la atribución de las palabras o manifestaciones que la cuestión de la autorización se presenta con mayor frecuencia. Así, cuando el principal autoriza una instrucción sabiendo que es falsa, también será responsable del engaño con independencia de que la persona que realmente realiza esa instrucción sea inocente. Por lo que, cuando el daño ilícito causado por el agente al tercero provenga de esa instrucción errónea o engañosa, ambas le serán atribuidas al principal, porque la conducta del agente, aunque no le sea beneficiosa, no le exime de

⁷³³ Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., pp. 360 y 361.

⁷³⁴ “Apparent authority is the power held by an agent or other actor to affect a principal’s legal relations within third parties when a third party reasonably believes the actor has authority to act on behalf of the principal and that belief is traceable to the principal’s manifestations”.

⁷³⁵ “A principal is subject to vicarious liability for a tort committed by an agent in dealing or communicating with a third party on or purportedly on behalf of the principal when actions taken by the agent with apparent authority constitute the tort or enable the agent to conceal its commission”.

⁷³⁶ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, cit., § 2.03 (vol. I, pp. 113 y ss.) y § 7.08 (vol. II, pp. 221 y ss.).

las consecuencias legales⁷³⁷. No obstante, si no existe una relación estrecha entre la conducta ilícita del agente con la aparente autoridad del principal, éste no estará sujeto a responsabilidad, así como cuando el tercero sepa o tenga razones para saber que el agente no estaba autorizado a realizar dicha acción⁷³⁸.

La apariencia es un factor relevante también para el derecho francés. El artículo 1384(5) *Code civil* aunque crea un régimen de responsabilidad objetiva para el principal por los daños de sus auxiliares, también pide que la relación entre principal y auxiliar tenga que ser real y no puede ser resultado de una situación de pura apariencia. Si esto sucede, la responsabilidad del principal debe basarse en el artículo 1382 *Code civil*⁷³⁹, es decir, responderá sólo el auxiliar que ha causado el daño y no el principal⁷⁴⁰. Esto es así, porque este artículo vendría a ser lo que nuestro artículo 1902 CC denomina como culpa propia, es decir, viene a establecer la regla general de responsabilidad civil. No obstante, el artículo 17 de la propuesta de revisión de la responsabilidad civil⁷⁴¹, señala que “[L]’employeur ou le bénéficiaire du transfert s’exonère en prouvant que le salarié a agi sans autorisation et à des fins étrangères à son emploi. Cette exonération n’a pas lieu si la victime démontre qu’elle pouvait légitimement croire que le salarié agissait à des fins conformes à son emploi”. Por lo que en los casos de abuso de funciones por parte del auxiliar, se entrará a valorar

⁷³⁷ Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 333.

⁷³⁸ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, Comment b) al Art. 7.08, cit., pp. 222 a 227. Así lo prevé también el § 2.03 cuando señala que la sola “creencia que sólo resulte de las declaraciones u otras conductas del agente, sin apoyo de manifestaciones provenientes del principal, no crea autoridad aparente salvo que la conducta del agente haya sido dirigida por el principal”. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Agency*, cit., § 2.03, vol. I, comentario c), p. 115.

⁷³⁹ “[T]out fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”.

⁷⁴⁰ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 506.

⁷⁴¹ Outin-Adam, “Responsabilité des employeurs et salariés”, en François Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, cit., pp. 157 y ss.

si la víctima puede probar legítimamente que creía que el auxiliar actuaba dentro del ejercicio de sus funciones para hacer responder al principal. Cuando esta creencia no esté justificada, servirá para eximirle de responsabilidad. El objetivo es asegurar que la confianza de la víctima no se vea menoscabada. Como tales situaciones surgen generalmente en el contexto del fraude, la doctrina de la apariencia proporciona una razón para imponer una responsabilidad basada no en la conducta del empleador, sino en la percepción que tenga la víctima de la relación empresario/empleado. Por consiguiente, cuando la víctima sea consciente de que el empleado está actuando al margen de la autoridad del principal, éste no deberá ser responsable⁷⁴².

La denominada teoría de la apariencia no ha sido desarrollada en el derecho español. En la doctrina, sólo algunos autores se han referido a ella para dar noticia de su desarrollo en otros sistemas, y como mucho, realizar un análisis comparativo con la jurisprudencia española⁷⁴³. Y en la jurisprudencia española tampoco se trata de una doctrina consolidada. Ocasionalmente, sin embargo, el Tribunal Supremo español, en sentencias penales relativas al delito de estafa (habitualmente en supuestos de daños causados a clientes por parte de empleados bancarios o empresas que falsifican documentos, se apropian de fondos pertenecientes a clientes o destinan su dinero a fines particulares⁷⁴⁴), y en sentencias civiles (especialmente, en base a la responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por los daños causados por los médicos y profesionales

⁷⁴² Giliker, "Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment", en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 438.

⁷⁴³ Por todos, Barceló Doménech, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 258 y ss. y 326 y Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 99.

⁷⁴⁴ Este grupo de casos no solo se dan en el derecho español, sino que suelen coincidir con otros ordenamientos jurídicos europeos: von Bar, *The Common European Law of Torts*, cit., pp. 210 a 221. En derecho español, véase Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., p. 197.

pertenecientes al cuadro médico de la entidad o por hospitales concertados cuando la entidad ha creado la apariencia de que éstos eran auxiliares suyos que prestaban servicios con sujeción de dependencia⁷⁴⁵), ha tenido en cuenta el conocimiento de la víctima en torno a si el empleado se excedía o no en sus funciones para excluir la responsabilidad del empresario. Alguna de estas sentencias utiliza expresiones como “apariencia jurídica” o “buena fe”, ya que la apariencia permite atribuir la responsabilidad al principal siempre que vaya acompañada de buena fe en el comportamiento de la víctima. De ahí que no pueda ampararse en una situación de apariencia la víctima que razonablemente hubiese podido conocer que el agente actuaba fuera y con total desvinculación de las funciones encomendadas⁷⁴⁶.

En la STS, 2a, 28.5.1969 [RJ 1969\2958]⁷⁴⁷, que versa sobre una estafa penal, el Tribunal Supremo declaró que la víctima podría haber sabido que el empleado actuó sin autoridad si hubiera actuado con la diligencia debida. Así, la víctima no puede ampararse en una situación de apariencia legal, con el argumento de que crea de buena fe que el empleado estaba actuando al servicio de la empresa. Por lo que, el Alto Tribunal consideró que el dependiente se extralimitó claramente en sus funciones,

⁷⁴⁵ Un tratamiento de la apariencia en el contexto contractual y, en particular, en relación a las actuaciones publicitarias creadas por las compañías de seguros de asistencia sanitaria, puede verse Miquel Martín-Casals, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 89 y 90.

⁷⁴⁶ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 126.

⁷⁴⁷ Sentencia citada en Martín-Casals / Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 247.

pero rechazó extender la responsabilidad civil al principal, al considerar que el perjudicado conoció o pudo conocer tal extralimitación⁷⁴⁸.

Un ejemplo más que tiene en cuenta el conocimiento del perjudicado de la extralimitación del dependiente para excluir la responsabilidad civil del empresario se encuentra en la STS, 2a, 31.5.1993 [RJ 1993\4304]. La misma versa sobre el dependiente de un agente de cambio y bolsa que se hizo pasar por su apoderado, sin serlo realmente. A tales efectos, utilizó, sin autorización del principal, su membrete y su sello en una serie de operaciones. Los clientes le entregaron ciertas cantidades de dinero, que en lugar de invertir las en las operaciones bursátiles convenidas, las destinó a su cuenta particular, sin materializar ninguna operación. El Tribunal Supremo le condenó por delito de estafa y le declaró responsable civil frente a los perjudicados, pero rechazó declarar responsable civil subsidiario al principal al considerar que el perjudicado conocía la condición y extralimitación del dependiente.

Por último, unos de los *dicta* recientes más claros respecto el papel que juega la apariencia como criterio básico para no declarar la responsabilidad del principal, radica en la STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828], relativa a la firma de conformidad de unos cheques por el director de una sucursal bancaria contra una cuenta corriente sin fondos de la que él mismo era titular. Los cheques habían sido entregados por el propio director de la sucursal para garantizar un préstamo personal que le había hecho el demandante. En este caso, tampoco respondió civilmente la entidad

⁷⁴⁸ Según el Tribunal Supremo, el perjudicado “no puede ampararse en una situación de apariencia jurídica, asegurando creer de buena fe (énfasis añadido), que el delincuente obraba como servidor de la empresa a que estaba ligado (...), por lo que el perjudicado podía conocer, con mediana diligencia el abuso de gestión ajena, que el mismo provocó”. Y a la misma conclusión y resultado llegó la STS, 2a, 28.4.1969 [RJ 1969\2457], en relación también con un delito de estafa cometido por el dependiente de una compañía que cobró, en beneficio propio, un cheque emitido por un cliente de ésta. El Alto Tribunal consideró, de nuevo, que el dependiente se había extralimitado en sus funciones y no declaró responsable al empresario porque la víctima conoció o pudo conocer la extralimitación.

bancaria, por no poderse amparar la víctima en la situación de apariencia, al quedar probado que ésta conocía razonablemente que el agente que causó el daño actuaba fuera y con total desvinculación de las funciones encomendadas, ya que en el instante en que la entidad bancaria tuvo conocimiento del fraude, informó al demandante y le notificó que la firma de conformidad no era válida porque el director se había extralimitado en sus funciones. Por lo que concluyó que el banco no debía responder, ya que “actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prestatario”.

No obstante, el criterio que seguía primeramente la jurisprudencia española exoneraba de responsabilidad civil al empresario en los casos de delitos de falsificación, estafa, hurto y otros engaños cometidos por sus empleados frente a las víctimas. El Tribunal Supremo, aplicando un criterio restrictivo, entendía que los auxiliares no estaban expresamente autorizados para realizarlos⁷⁴⁹, por lo que, en esos casos, su actuación no debía comprometer al empresario. Esta argumentación es acorde con el origen de la doctrina de la apariencia angloamericana, ya que ambas parten de que es el principal, y no el auxiliar, quien crea la apariencia hacia la víctima de que éste o el tercero actúan dentro de las funciones de la actividad empresarial. Por lo que si la apariencia creada proviene de la actitud directa del auxiliar y no del principal, en mi opinión es correcto que no deba de responder éste por hecho ajeno. Pero como se verá seguidamente, esta teoría ha decaído, ya que el propio Tribunal Supremo, posteriormente, comenzó a entender que sí existía esta responsabilidad, por lo que debía responder el principal ante la víctima por el daño causado por el auxiliar, siempre que éste creara de manera fraudulenta la falsa apariencia que actuaba en ejercicio de las funciones encomendadas por el principal y, de modo esencial, terceros de

⁷⁴⁹ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 541 y Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2161.

buena fe confiaban en esa apariencia⁷⁵⁰. Es decir, debe responder el principal si el conjunto de funciones propias del trabajo confieren al auxiliar una apariencia externa de legitimidad, y la víctima del engaño confía de buena fe en que el empleado, autor del delito, actúa dentro del cometido propio de sus funciones⁷⁵¹.

En efecto, cuando el auxiliar genera la confianza en la víctima de que trabaja por la empresa o por el cargo que ostenta en dicha empresa, como sucede en la mayoría de supuestos de estafas y apropiaciones indebidas que suelen darse sobre todo por auxiliares que trabajan en entidades bancarias, asesorías o entidades aseguradoras, el Alto Tribunal no duda en hacer responder al principal. Pero debe existir, necesariamente, una previa relación entre el empresario y la víctima que ayude a crear esa apariencia de legitimidad⁷⁵². De este modo, la responsabilidad del principal se hace depender, no sólo de la propia conducta del auxiliar, sino también del conocimiento que la víctima haya podido tener del abuso o la extralimitación del auxiliar. En tales casos, la doctrina de la apariencia permite atribuir la responsabilidad a quien, frente a terceros, aparece como si fuese principal⁷⁵³.

Este fue el caso de la STS 20.6.2008 [RJ 2008\4707], que versa sobre un supuesto de apropiación indebida de cantidades dinerarias que estaban en depósito por el director de una de sus sucursales bancarias. El Tribunal Supremo declaró la responsabilidad *ex* artículo 1903.IV CC de la entidad bancaria por su culpa *in vigilando* por la actuación llevada a cabo por su

⁷⁵⁰ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 36.

⁷⁵¹ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 272.

⁷⁵² Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 101.

⁷⁵³ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 74 y 75.

director, al entender que el mismo había actuado en la esfera de la actividad empresarial cuando este hizo desaparecer las cantidades de las cuentas que los demandantes habían abierto en dicha entidad.

Así mismo, entre otras, la STS, 2a, 30.4.2007 [RJ 2007\4661], sobre un interventor de una sucursal bancaria que se aprovechaba de su condición para apropiarse del dinero de sus clientes, el Alto Tribunal hizo responder civilmente al banco de forma subsidiaria. En este caso, es de destacar que el Tribunal Supremo, aun y tratarse del art. 120.4 CP, introduce un matiz culpabilístico en relación a la culpa *in vigilando* que, según el propio Tribunal, aun y no ser necesario, tampoco se ha de excluir cuando se aprecia la existencia del mismo, ya que “lo verdaderamente esencial es la posición del acusado en el funcionamiento de la entidad y la ineludible obligación de que ésta ejerciera un debido control y vigilancia sobre las actividades”.

También la STS, 2a, 17.10.2002 [RJ 2002\9168], en un caso similar declara la responsabilidad civil subsidiaria de una entidad bancaria respecto a la estafa cometida por un director de agencia perteneciente a una de sus oficinas bancarias, al señalar que “aprovechándose éste de ese cargo, en el propio despacho que ocupaba en cuanto jefe de tal oficina, trató con diferentes clientes con quienes tuvo las relaciones por las que la sentencia recurrida le condenó”. Y lo mismo sucede en la STS, 2a, 2.10.2000 [RJ 2000\8480], sobre un agente de una compañía aseguradora que “continuaba con su actividad laboral en la Oficina que tenía abierta (...) pero ya sin trabajar al servicio de dicha compañía, manteniendo el cartel anunciador de la misma, (...) lo que prueba que la actividad desarrollada lo era en su condición de agente y en el marco, aun extralimitándose, del desempeño de sus obligaciones o servicio”. Y, por último, la STS, 2a, 24.9.2002 [RJ 2002\8590], también sobre un caso de un agente de seguros que actuaba como tal en el momento de cometer la estafa, declaró la responsabilidad subsidiaria del principal, porque el auxiliar actuó “dentro de la esfera de los deberes y de los servicios inherentes al trabajo atribuido”.

Así, para la jurisprudencia, la existencia de una conexión suficiente entre el infractor y el principal es criterio que permite declarar la responsabilidad de éste último. Ésta existe cuando hay aprovechamiento por parte del auxiliar, precisamente por la condición de empleado, y los medios o circunstancias le son favorables para cometer el daño. Ahora bien, nótese que la “apariencia”, que en nuestro ordenamiento jurídico se relaciona directamente con el principio de buena fe, no se refiere específicamente al vínculo de dependencia –el agente aparece como dependiente, sin serlo en realidad–, sino a la actuación de un agente, que es en efecto dependiente, dentro o fuera del ámbito de las funciones encomendadas⁷⁵⁴. Por consiguiente, responde el principal por la apariencia creada por el auxiliar frente al tercero que “confía en la formalidad y en la reputación comercial de aquél con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares”⁷⁵⁵.

Es más, en ocasiones, los tribunales de los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno acuden al derecho de representación para dar forma a la doctrina de la apariencia, tal y como sucede en el derecho inglés. El mismo entiende que es posible atribuir la declaración de un agente al principal cuando hay un mandato sólo aparente y no real. Para tal atribución existen dos bases doctrinales que deben mantenerse separadas. La primera de ellas, consiste en que el principal faculte al agente para hacer diversas declaraciones en su nombre. Si un tercero confía en esta declaración, el principal no podrá negar la falta de autoridad del agente. En segundo lugar, el principal que crea la apariencia de que un agente está facultado para celebrar contratos en su nombre, también quedará sujeto por tales acuerdos realizados por el agente frente a terceros. Esto forma parte de la regla

⁷⁵⁴ Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., p. 55.

⁷⁵⁵ SSTS 22.6.1989 [RJ 1989\4776], 1.3.1990 [RJ 1990\1656] y 15.7.2008 [RJ 2008\4479].

general de que el principal está obligado por la apariencia creada, incluso si esta apariencia es falsa. En muchos casos, el principal quedará también obligado por las palabras del agente. Así, lo importante para que responda el principal es que exista la confianza del perjudicado de que la misma deriva de una autorización real o aparente, sin necesidad de que tal autorización provenga de un contrato⁷⁵⁶. En efecto, como la responsabilidad vicaria no se limita al caso de empresario y dependiente, sino que también puede aplicarse en el contexto de principal y “agent”, uno podrá ser responsable de un *agent* aunque no sea su empleado, ya que éste no necesita tener un contrato con la parte responsable⁷⁵⁷.

De igual modo, el ordenamiento jurídico español acude al derecho de representación para aplicar la doctrina de la apariencia. Pero, a diferencia del derecho inglés, la doctrina española parte de que las instrucciones que el representado da al representante, en el marco de una relación de representación, no implica necesariamente la existencia de una relación de dependencia o subordinación en el sentido del artículo 1903.IV CC la cual, como se ha visto, se establece a partir de criterios distintos. Por esta razón, señala la doctrina científica que la responsabilidad extracontractual del representado basada en dicho precepto, sólo procederá cuando las características de la relación que lo vincule con el representante cumplan todos los presupuestos del régimen de responsabilidad que establece el precepto. Es decir, cuando el representado sea, al mismo tiempo, principal, y el representante tenga la condición de auxiliar o dependiente y actúe en el marco de las funciones encomendadas. Por lo que, la aplicación de la doctrina de la apariencia en relación con la dependencia de la responsabilidad por hecho ajeno, no requiere necesariamente de la existencia de una relación de representación⁷⁵⁸. Más, en tales casos, la

⁷⁵⁶ Stevens, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, cit., p. 334.

⁷⁵⁷ Morgan, *Recasting vicarious liability*, cit., pp. 625 y ss.

⁷⁵⁸ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 76.

responsabilidad derivará de su condición de dependiente, y no de la de mandatario o representante⁷⁵⁹.

A tales efectos, el mandato es un contrato que genera la obligación para el mandatario de cumplir el encargo recibido del mandante (art. 1711 CC), mientras que el poder de representación legitima al apoderado para actuar frente a terceros en nombre del poderdante y deriva de un negocio de concesión del poder (apoderamiento). En suma, la representación surgiría del negocio jurídico de apoderamiento, distinto del negocio de mandato, siendo el medio o instrumento para el cumplimiento del encargo cuando ello exige relacionarse con terceros⁷⁶⁰. Así mismo, el criterio de la buena fe del tercero es básico para declarar la responsabilidad del mandante o del representado, por lo que la actuación del mandatario o del representante tiene eficacia frente a terceros de buena fe. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la buena fe puede exigir una investigación, en el sentido de que si se omite esta diligencia por parte de la víctima y el desconocimiento subsiste, el tercero no podrá alegar buena fe, por lo que no responderá el principal⁷⁶¹. Por lo que, aunque la confianza del tercero de buena fe en la apariencia externa es común en el derecho de representación –y, de hecho,

⁷⁵⁹ Por todos, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 258; Antonio Gordillo Cañas, “Comentario al artículo 1727 del Código Civil”, en Cándido Paz-Ares / Luis Díez-Picazo / Rodrigo Bercovitz / Pablo Salvador (Dir.), *Comentario del Código Civil, II*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1570.

⁷⁶⁰ Luís Díez-Picazo / Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 12ª Ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 475.

⁷⁶¹ Por todos, Lluís Puig i Ferriol, “La representación”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, 3ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 685 y ss. y Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, cit., pp. 478 y ss.

su desarrollo se ha producido principalmente en este campo⁷⁶², no es exclusiva de él, como demuestra la experiencia comparada en relación con su aplicación al campo de la responsabilidad del principal por hechos de los auxiliares⁷⁶³.

Un buen ejemplo jurisprudencial lo muestra la STS 15.7.2008 [RJ 2008\4479]. La misma trata el caso de una sucursal bancaria que responde civilmente por la actuación dañosa de su director por confirmar unos cheques sin que hubiera fondos en la cuenta del librador. El Tribunal Supremo estima que sí hay relación de dependencia entre la sucursal y el director, al realizar este último el hecho dañoso dentro de las funciones encomendadas o con ocasión de ellas, por entenderse que actuaba en calidad de apoderado de dicha entidad de crédito. Por consiguiente, el Tribunal Supremo opina que el auxiliar actuaba con apariencia de poder realizar las funciones ante la víctima, siendo clara la buena fe del tercero ante el auxiliar por haber creado éste una situación de aparente solvencia determinante de la efectiva celebración del contrato. Es decir, al existir una previa relación comercial entre el empresario y la víctima, ésta ayudó a crear esa apariencia de legitimidad necesaria para que pueda responder civilmente el principal.

Aunque no se aplique el art. 1903.IV CC y sí el art. 286 del Código de Comercio, me parece interesante la STS 28.9.2007 [RJ 2007\6273], que trata el criterio de la doctrina de la apariencia en la misma medida que la hasta ahora aquí apuntada. El caso versa sobre la existencia de una serie de operaciones de captación de fondos por parte de un delegado de seguros que se constituía en depositario a cambio de un pagaré con anagrama y sello de

⁷⁶² Gordillo Cañas, “Comentario al artículo 1727 del Código Civil”, en Cándido Paz-Ares / Luis Díez-Picazo / Rodrigo Bercovitz / Pablo Salvador (Dir.), *Comentario del Código Civil, II*, cit., p. 1569 y Ana Colás Escandón, “Comentario al artículo 1727 del Código Civil”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3ª Ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 1975.

⁷⁶³ Para las referencias, Giliker, *Vicarious Liability: A Comparative Perspective*, cit., pp. 175 a 181.

la compañía aseguradora. Además, las operaciones se realizaban en la propia oficina, ante sus empleados. Es clara la actuación como factor mercantil frente a terceros contratantes aunque el contrato no estuviera comprendido en el giro o tráfico de la aseguradora, por lo que el Tribunal Supremo apreció que la compañía quedaba vinculada por la aprobación tácita de la gestión del delegado al hacerse cargo de operaciones similares.

Para decretar, pues, la responsabilidad civil del principal, en palabras del propio Tribunal, se tiene en cuenta el comportamiento del delegado frente a terceros siendo de vital importancia “la apariencia jurídica que rodea su actuación cuando transmite la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado”. Para el Tribunal, tal apariencia “produce la vinculación entre la empresa y dicho tercero como salvaguardia del principio de seguridad jurídica”. Además, se constata “que estamos ante un factor, con más o menos facultades” [...] por lo que “se crea, a partir de ese dato, la apariencia de que está gestionando los asuntos de esa compañía”. Hay que rechazar el argumento de “la existencia de extralimitación de facultades o por apropiación del negocio [...], pues precisamente la apariencia se impone [...] y el comitente no puede ampararse en la falta de facultades, en el abuso de confianza, o en la apropiación de los efectos. [...] Las operaciones se realizaban en la propia oficina, ante sus empleados. Con lo que se creaba la apariencia que puede fundar la buena fe de los terceros que contrataban con el delegado, una buena fe subjetiva que en definitiva consiste en un error excusable sobre el poder de que está investido a los efectos de obligar a la compañía o, desde otra perspectiva, en la creencia de que el delegado que con ellos contrataba se comportaba dentro de las facultades que le habían sido conferidas para obligar a la compañía [...]”. Es claro, que “la actuación del factor, en cuanto apoderado, vincula al principal, en base a la apariencia creada, que no sólo se refiere al ejercicio de las facultades contenidas dentro del apoderamiento, sino a la actividad misma desarrollada, toda vez que la captación de fondos se presentaba como instrumental de una operación de seguro, y se producía dentro del círculo de funciones que corresponden al cargo o empleo de gestor, suscitando verosímilmente en los

terceros la expectativa de que las funciones específicas que el gestor realiza le están especialmente conferidas”.

5.2. En especial, la apariencia en la publicidad de las compañías de seguros de asistencia sanitaria

También se discute si se aplica la doctrina de la apariencia en relación a las actuaciones publicitarias creadas por las compañías de seguros de asistencia sanitaria, cuando las mismas crean la apariencia anunciando publicitariamente que los médicos y centros sanitarios forman parte de la organización de la entidad aseguradora. Por lo que cabe analizar, en este apartado, si la doctrina de la apariencia sirve como vía para aplicar la responsabilidad de la entidad aseguradora, tanto extracontractual, como contractual.

En estos casos, se entiende que sí existe, por regla general, una relación de subordinación entre los médicos o facultativos y los centros sanitarios con la entidad aseguradora⁷⁶⁴ en base al artículo 1903.IV CC, a mi juicio del todo equivocado. Para justificar mi opinión lo haré en base un ejemplo jurisprudencial que se encuentra en la mencionada STS 4.6.2009 [RJ 2009\3380], en la que se aprecia responsabilidad civil de la entidad de seguros de asistencia sanitaria Adeslas, por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario y centro médico, aunque no medie una contratación laboral entre la aseguradora y la víctima, por los daños causados a la hija de los actores por la administración de un medicamento que le causó graves lesiones cerebrales que determinaron su fallecimiento.

⁷⁶⁴ Así mismo, y para un tratamiento más exhaustivo de esta apariencia, puede verse, Martín-Casals, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de contrato de seguro*, cit., pp. 89 y 90.

Aunque Adeslas no se reservó ningún tipo de facultad de vigilancia o participación respecto a los trabajos desempeñados por dicho personal (por lo que es indebida la aplicación del art. 1903.IV CC al no existir una relación de dependencia), pero al tener un contrato con la Clínica, el Alto Tribunal aprecia la responsabilidad de Adeslas, porque ésta *garantiza* (énfasis añadido) al asegurado la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, es decir, es garante del servicio, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el propio contrato. Por lo que el Tribunal entiende que Adeslas actúa como auxiliar contractual para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa *in eligendo* o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero. Más concretamente, como el Alto Tribunal entiende que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio, “a los efectos de la diligencia exigible en los ámbitos de la culpa extracontractual en la que nos movemos, de esa forma, se llega a la condena por vía del art. 1903 CC a partir de la existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, que no es de carácter laboral directa puesto que no es contratada laboral de plantilla de Adeslas, sino indirecta por razón del concierto con la Clínica Santa Elena donde dicha señora presta sus servicios”.

A mi modo de ver, es claro que no hay una relación de dependencia por lo que no se puede aplicar al caso la responsabilidad ex artículo 1903.IV CC, pero es más, tampoco creo que concurra en estos supuestos el último presupuesto de la responsabilidad del artículo 1903.IV CC, es decir, que el dependiente actúe en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas. La razón estriba en que se trata de un presupuesto que requiere que los médicos y centros sanitarios ejecuten funciones propias de las entidades de seguros de asistencia sanitaria y que éstas hayan previamente delegado en aquéllos, lo que comportaría admitir que las entidades de seguros de asistencia sanitaria realizan las prestaciones propias de los contratos de servicios médicos o servicios hospitalarios. Aunque no

veo inconveniente en que sí pueda existir, aparte de derivarse una responsabilidad de carácter contractual del artículo 1101 CC por los daños derivados de negligencias de los profesionales sanitarios, a partir de la vinculación contractual existente entre la entidad aseguradora y el asegurado y, en particular, de las concretas cláusulas pactadas en la póliza del seguro de asistencia sanitaria, una responsabilidad de acuerdo con la regla general del artículo 1902 CC, en base a la doctrina de la apariencia cuando ésta, con sus actuaciones, hubiera creado la apariencia de que los facultativos y centros hospitalarios actuaban como dependientes suyos, y el asegurado, de buena fe, hubiera confiado de forma razonable en dicha apariencia⁷⁶⁵.

Así mismo, el Tribunal Supremo utiliza el criterio de *Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores* (énfasis añadido). La misma consiste en que el seguro se contrata en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también se toma en consideración que se garantiza expresamente una correcta atención al enfermo. En todos estos casos, al crearse la apariencia de que los facultativos y centros hospitalarios actúan como dependientes suyos, y el asegurado, de buena fe, confía de forma razonable en dicha apariencia, se interpreta que los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y, en consecuencia, le corresponde a ésta asumir la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación.

⁷⁶⁵ Martín-Casals, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de contrato de seguro*, ídem, pp. 89 y 90.

En efecto, partiendo del mismo enfoque, y ya en el ámbito contractual, como el asegurado contrata el seguro en atención a la publicidad o la información precontractual que recibe, le crea la apariencia de que los profesionales o centros independientes con quienes la entidad ha concertado la asistencia sanitaria pertenecen al personal de ésta o actúan bajo su supervisión, entonces tales declaraciones se integran en el contrato en virtud del art. 8.1 LGDCU (actualmente art. 61 TRLGDCU), comportando una ampliación de las obligaciones contractuales de la entidad y de su esfera de responsabilidad. Por ello, es frecuente encontrar en la publicidad de los seguros de asistencia privada fórmulas como “se garantiza la mejor asistencia privada”, “el asegurado obtendrá una asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria de auténtica calidad”, “póngase en las mejores manos”, “puede estar seguro”, “tu salud, nuestro compromiso” o “ponemos a tu servicio los mejores profesionales”, u otras expresiones similares. Naturalmente, ello se hace a costa de formar en el asegurado una creencia errónea sobre las garantías y responsabilidades que la entidad aseguradora tiene respecto la prestación del servicio médico u hospitalario ofertado. En consecuencia, tales declaraciones se integran en el contrato en virtud de los principios de buena fe y de autorresponsabilidad en las declaraciones contractuales (art. 1258 CC)⁷⁶⁶, lo que posibilita fundamentar una eventual responsabilidad de la entidad de seguros de asistencia sanitaria cuando ésta, con sus actuaciones, crea la apariencia de que los facultativos y centros hospitalarios actuaban como dependientes suyos, y el asegurado, de buena fe, confía de forma razonable en dicha apariencia. Por lo que las obligaciones de las entidades de seguros abarcan más allá de la simple gestión asistencial.

Así lo reafirma la STS 4.10.2004 [RJ 2004\6066], que da un paso más en sede contractual cuando señala, en aras a determinar la responsabilidad civil de la compañía aseguradora, que “la prueba evidencia que

⁷⁶⁶ Miquel Martín-Casals / Jordi Ribot Igualada / Josep Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pp. 101 y ss.

promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos –la elección del médico de entre los incluidos en su lista y el pago por su parte de cada acto asistencial–, sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta del contrato y, en fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida”⁷⁶⁷.

A tenor de lo expuesto, parece claro que las compañías de seguros de asistencia sanitaria deberían responder mayoritariamente bajo el paraguas de la responsabilidad contractual ya que, entre los médicos o facultativos y los centros sanitarios y las compañías de seguros de asistencia sanitaria, se ha firmado un contrato. Si así lo aplicara el Tribunal Supremo en estos casos, no se plantearía la duda que acaece en este apartado, de por qué crear esta apariencia para aplicar el artículo 1903.IV CC, cuando el Alto Tribunal podría recurrir directamente a las normas contractuales o bien, si entiende que existe una responsabilidad extracontractual, aplicar al caso el artículo 1902 CC, tal y como lo hace actualmente el Derecho francés (Art. 1382 *Code civil*).

⁷⁶⁷ El caso versa sobre los daños sufridos por el hijo de la demandante durante el parto, a causa de un sufrimiento fetal no detectado oportunamente. El Tribunal Supremo condenó de forma solidaria al médico y a la comadrona que atendieron al parto, así como a la mutua “Asistencia Sanitaria Colegial”, en cuyo cuadro se encontraban incluidos los mismos. A su vez, absolvió a la Clínica Sagrada Familia, en cuyas instalaciones había tenido lugar el parto, por entender que se limitó a ceder las dependencias utilizadas por el médico y sus ayudantes, y que su conducta nada tuvo que ver con el daño producido. En efecto, la sentencia consideró responsables al médico y a la comadrona al estimar que habían actuado de forma negligente por no adoptar las medidas que ante los síntomas de sufrimiento fetal eran exigibles. La sentencia parece deducir de la vinculación contractual existente entre la entidad aseguradora y el asegurado y, en particular, de las concretas cláusulas pactadas en la póliza de seguro de asistencia sanitaria, una obligación de garantía de correcta atención médica que se vería infringida por la atención negligente del médico. Véase también Martín-Casals / Ribot Igualada / Solé Feliu, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, cit., pp. 37 y ss.

Es más, a diferencia del criterio de la apariencia aplicado al principal en base al artículo 1903.IV CC como ocurre en los casos de auxiliares bancarios, por ejemplo, que se ha expuesto primeramente, y a la que recorre el Tribunal Supremo cuando se le imputa la responsabilidad civil a raíz de la apariencia creada por su auxiliar, que en estos casos de apariencia creada por la publicidad de las compañías de seguros de asistencia sanitaria, no es el auxiliar quien crea dicha apariencia (médicos, enfermeras o un hospital, por ejemplo), sino que es la propia compañía, como principal, que la crea ante los terceros. En este sentido, y en base a la responsabilidad extracontractual, sucedería lo mismo que en el *Restatement (Third) of the Law of Agency* norteamericano, que hace responder vicariamente al principal en aplicación de la doctrina de la apariencia, porque es éste quien crea la apariencia de que ha autorizado al auxiliar a realizar dicha actividad dañosa, y la víctima confía razonablemente en dicha apariencia. Por lo que, el hecho de que deba responder de modo objetivo el principal, es acorde con su actitud.

Por consiguiente, parece claro que en estos casos, no hay duda de que tienen que responder civilmente por el artículo 1902 CC, cuando no contractualmente, las compañías de seguros de asistencia sanitaria ante el tercero, cuando éstas crean de modo inequívoco en los terceros y éstos confían de buena fe en la apariencia de que los facultativos y centros sanitarios forman parte de la organización de la entidad aseguradora.

5.3. *La apariencia como indicio de la culpa presunta del principal*

Ya se apuntaba que en el Derecho angloamericano así como en el Derecho actual francés⁷⁶⁸, la doctrina de la apariencia parece tener un alcance más limitado que el que deriva de la experiencia jurisprudencial española, ya que en este último caso, los tribunales admiten la aplicación de la doctrina en supuestos en los que la apariencia ha sido creada exclusivamente por la conducta fraudulenta del auxiliar, hecho inconcebible en el *common law* que requiere que la apariencia provenga de manifestaciones o actitudes generadas por el principal.

En el derecho español, la doctrina de la apariencia ha tenido acogida, por lo general, en supuestos relativos a la responsabilidad del principal por los hechos cometidos por un dependiente en abuso de las funciones encomendadas y, últimamente, la encontramos en relación a las actuaciones publicitarias creadas por las compañías de seguros de asistencia sanitaria. En todos estos casos, la responsabilidad del principal se funda en el hecho de que, de acuerdo con las reglas de la buena fe, el agente “aparentaba” actuar dentro del ámbito de funciones encomendadas, o a la inversa, se rechaza la responsabilidad del principal porque, de acuerdo con las reglas de la apariencia, la víctima del daño pudo conocer de buena fe que el agente actuaba fuera de aquellas funciones.

La realidad es que hoy en día las relaciones entre el principal y el auxiliar son tan variables y flexibles que no es tarea fácil acreditar el nexo de causalidad entre el daño y el desempeño del servicio o función

⁷⁶⁸ Se hace este inciso porque es el artículo 17 de la propuesta de revisión de la responsabilidad civil francesa, y no este artículo, que da un carácter más amplio a la apariencia al propugnar que si la víctima prueba legítimamente que pensaba de buena fe que el auxiliar actuaba dentro de sus funciones, no se podrá exonerar de responsabilidad el principal.

encomendados. La responsabilidad que se trata, tal y como dice Zelaya⁷⁶⁹, “se mueve entre dos grandes tendencias, de un lado, la necesidad de condenar civilmente al empresario que ha autorizado genéricamente a una persona o entidad para realizar una actividad que económicamente le reporta beneficio, lucro o utilidad, de otro, el sentir común de que sería injusto hacerlo responsable de todos los actos realizados por sus dependientes y que causen daños a terceros”. Ello conlleva que deba descartarse, *a priori*, una interpretación estricta del precepto, de tal modo que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el principal. A menos, claro está, que el auxiliar actúe para su propio beneficio e interés.

Sin embargo, a mi entender, debería hacerse una distinción en el derecho español cuando se quiera aplicar la doctrina de la apariencia para que responda el principal. A raíz del análisis comparado que se ha realizado de esta doctrina, deberían diferenciarse los casos en que haya actuado de modo doloso el auxiliar y cuando no. En primer lugar, estoy de acuerdo en cómo plantea el derecho americano esta doctrina, a través de la cual hace responder vicariamente al principal. Como es él mismo el que crea la apariencia al tercero, no veo inconveniente en que responda objetivamente el principal, tanto si el auxiliar actúa dolosamente como si no.

Mientras que en el caso español, aunque el artículo 1903.IV CC establece la culpa presunta del principal, es evidente que el Tribunal Supremo en la práctica lo hace responder vicariamente, independientemente de cómo haya actuado el auxiliar. De ahí que sea necesaria realizar esta distinción. En el derecho español, para hacer responder civilmente al principal, se parte de la existencia de un abuso del derecho, es decir, prima la buena fe del tercero y no la posible exoneración del principal, aunque éste demuestre que actuó diligentemente. Por lo que, en realidad, estas reglas

⁷⁶⁹ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 440.

aplicadas a la responsabilidad civil del principal son totalmente cuestionables, ya que quien crea la apariencia en el derecho español es el propio auxiliar y no el principal. Por lo que, en estos casos, es más lógico el derecho americano que hace responder al principal al crear él mismo la apariencia al tercero. Así, en los casos en que el auxiliar no actúe de modo doloso, no veo inconveniente en que responda vicariamente el principal, ya que se entendería que causa el daño dentro de las funciones encomendadas, tal y como se ha expuesto a lo largo de este capítulo, aunque su actitud derivara de un incumplimiento o prohibición de las órdenes dadas por el principal. Mientras que si se está ante un caso de un actuar doloso del auxiliar, se debería aplicar una responsabilidad real por culpa presunta del principal, es decir, se debería poder dejar exonerar al principal cuando demostrara que él actuó diligentemente y no podía prever en ningún caso, que el auxiliar causaría el daño, bajo la aparente actuación de realizar la actividad dentro de las funciones encomendadas y con su aparente autorización.

Es más, el propio Código penal español prevé en su artículo 120.4, que si el auxiliar actúa con dolo, la responsabilidad del principal, si éste es insolvente, es subsidiaria. Esto estaría en línea o más acorde con la doctrina de la apariencia del derecho americano que hace responder objetivamente al principal, ya que el Código penal hace responder de modo subsidiario al principal en consonancia al hecho de que el auxiliar es quien crea la confianza al tercero, siendo coherente que responda el principal de modo subsidiario. Mientras que el artículo 1903.IV CC hace responder de modo directo al principal, aunque no haya creado directamente esta apariencia en el tercero.

En conclusión, creo necesario que la apariencia en base al artículo 1903.IV CC debe ser tratada como un indicio de culpa presunta del principal, siempre que el auxiliar actúe de modo doloso que, tal y como se ha ejemplificado, ocurrirá en la mayoría de los casos. Mientras que cuando el auxiliar no actúe dolosamente, veo aconsejable aplicar una

responsabilidad vicaria al principal, ya que si el auxiliar pensaba que podía realizar una actividad determinada aunque realmente no tenía dicha facultad, no deja de realizar la función o el encargo que le ha sido asignado por el principal.

IV. La Culpa del auxiliar

Lo expuesto hasta aquí ha dejado patente que la relación de dependencia o de subordinación es el principal presupuesto para que se dé la responsabilidad civil del empresario tanto en los regímenes de responsabilidad vicaria como en los de culpa presunta del principal junto, y no menos importante, a la existencia de una conexión entre el daño y las funciones encomendadas o “con ocasión” de ellas. No obstante, no se puede obviar que en ambos sistemas de responsabilidad civil, existe otro presupuesto necesario para desplegar totalmente esta responsabilidad en la persona del principal, y es el que viene dado por la culpa del auxiliar⁷⁷⁰.

En consecuencia, el presente apartado pretende determinar qué sucede y cómo se conjuga este requisito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y, en especial, en el derecho español. Sobre todo, se intentará dar respuesta a qué sucede cuando el principal ha sido diligente al poner todos los medios a su alcance para evitar daños a terceros, pero éste de igual modo se produce porque el auxiliar ha incumplido culposa o negligentemente las órdenes o las instrucciones del principal. Es decir, si es necesario que deba mantenerse la culpa o negligencia del auxiliar como factor de imputación para determinar la responsabilidad civil del principal⁷⁷¹.

⁷⁷⁰ Tovar Sabio, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, cit., pp. 194 y ss.

⁷⁷¹ Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. V., La Responsabilidad Civil Extracontractual*, cit., p. 384. Es del mismo parecer, Enrique Rubio Torrano, “Responsabilidad Civil por accidente laboral”, BIB 2004\1638, Pamplona, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2004, p. 2.

1. ¿Necesidad de culpa o negligencia en la conducta del auxiliar?

La conducta negligente del auxiliar es un requisito común tanto en los regímenes de responsabilidad por culpa presunta del principal como en los de responsabilidad vicaria. En los regímenes de responsabilidad objetiva del principal, éste responde por la conducta culposa de su auxiliar, es decir, para que responda civilmente el principal sólo se requiere que el demandante pruebe el acto ilícito del auxiliar además, claro está, que éste tenga la condición de auxiliar respecto del principal, y que dicho ilícito fue cometido en el desempeño de sus funciones⁷⁷². Mientras que en aquellos ordenamientos en que el régimen de responsabilidad civil del empresario es por culpa, se requiere que concurren dos conductas negligentes: la del auxiliar que causó directamente el daño y la del principal, que se presume, salvo prueba en contrario⁷⁷³.

El derecho francés es un buen ejemplo de responsabilidad vicaria, ya que para que responda civilmente el principal de manera objetiva, requiere necesariamente una culpa (*faute*) del empleado, así como el daño y la relación causal (art. 1382 *Code Civil*). Esto implica que el empleado también tiene que ser personalmente responsable de los daños que cause. Se ha argumentado, por parte de la doctrina científica, que la *faute* no debería ser un requisito para desplegar la responsabilidad civil del principal y que debería ser suficiente la sola relación de causalidad entre la conducta del

⁷⁷² Giliker, *Vicarious Liability in Tort*, cit., pp. 6 y ss. También el régimen de responsabilidad vicaria que es el principal modelo dominante en los Estados Unidos y el adoptado por el *Restatement (Third) of Agency*, señala que “un principal responde vicariamente frente un tercero dañado por la conducta del agente cuando, (a) tal como se establece en la Secc. 7.07, el agente es un empleado que comete un ilícito actuando en el ámbito de sus funciones”. Véase al respecto The American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, Vol. 2, cit., pp. 151 y ss., 198 y ss.

⁷⁷³ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 130.

empleado y el daño, pero esto aún no ha sido seguido por la *Cour de cassation*⁷⁷⁴.

También contemplan este requisito, los trabajos de aproximación del derecho de la responsabilidad civil en Europa. Para ambos, la responsabilidad vicaria requiere la culpa en la conducta del auxiliar causante directo del daño, para que responda el principal. Así, el mencionado art. 6:102(1) PETL, dispone que responderá el principal cuando sus auxiliares “hayan violado el estándar de conducta exigible”. En la misma línea, el art. VI 3:201(1) DCFR hace responder al principal cuando el auxiliar ha causado un daño de modo “intencional o negligente”. Aunque, el alcance final de la regla es más amplia que en la de los PETL, tal y como ya se ha apuntado anteriormente, en tanto que el principal también responde por los casos en que al auxiliar “le es imputable la causación del daño por cualquier otra razón”, inciso pensado para incluir a cualquiera que tenga la condición de auxiliar, ya que su responsabilidad se plantea no sólo en base a que el empleado perjudica la tercera persona a través de una intención o negligencia, sino también cuando el empleado es responsable de los daños que pudieran derivarse de un fundamento objetivo de responsabilidad⁷⁷⁵.

Como ejemplos de regímenes legales de responsabilidad del principal por hechos de los auxiliares que siguen un modelo de responsabilidad por culpa presunta, se encuentran Alemania y España. Para el derecho alemán, de acuerdo con el § 831 BGB, cualquiera que haya utilizado a otra persona para una tarea (*zu einer Verrichtung bestellt hat*) es responsable por los daños ilícitamente causados por esta persona en el cumplimiento de la tarea. No obstante, el principal tiene dos causas de exoneración: la primera de ellas es que no será responsable si prueba que fue diligente en la selección y supervisión de los empleados. En segundo lugar, tampoco responderá si el

⁷⁷⁴ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 506.

⁷⁷⁵ Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3458.

daño también se hubiese producido aunque hubiera tomado tal cuidado razonable. Por lo que el § 831 implica una responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba. Pero además, los tribunales alemanes, requieren que el principal actúe con un alto nivel de diligencia, lo que conlleva que el § 831, en su aplicación práctica, se acerque más a una regla de responsabilidad vicaria. Por consiguiente, para activar la responsabilidad civil del principal *ex* § 831, sólo se requiere que la conducta del empleado pueda ser considerada como causa suficiente del daño. Pero esta afirmación cabe ser matizada. En primer lugar, el principal no responderá cuando el empleado haya actuado con la debida diligencia y, en segundo lugar, ambos serán solidariamente responsables ante la víctima cuando el auxiliar haya actuado deliberadamente (§ 840 BGB)⁷⁷⁶.

Mientras que en España, la doctrina mayoritaria exige que, para imponer la responsabilidad al principal *ex* art. 1903.IV CC, el dependiente ha de incurrir en culpa *in operando* o *in omittiendo*⁷⁷⁷. Es decir, aunque la responsabilidad del empresario se fundamente en su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo*, por tal motivo no ha de excluirse la necesidad de la conducta culpable del dependiente. Por ello, es necesario que la víctima pruebe que la conducta del dependiente es culpable, lo que genera responsabilidad al empresario ya que, como apunta Barceló Doménech, la presunción de culpa contenida en el artículo 1903.IV CC únicamente afecta

⁷⁷⁶ Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 502 y 503.

⁷⁷⁷ En este sentido, Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2060; Lacruz *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., pp. 499 y 500; Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 133 a 135; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 302, Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 591 y ss., y Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 202.

al empresario⁷⁷⁸. Por lo que, no se aplicará el artículo 1903 CC cuando no exista culpa por parte del auxiliar, ya que es requisito indispensable la culpa del dependiente para poder accionar la responsabilidad civil del principal por hecho ajeno.

Esta es también la posición mantenida por la jurisprudencia española, que considera la culpa del autor material del daño como “soporte de hecho y legal necesario” o “premisa indispensable”⁷⁷⁹. En este sentido, la STS 24.6.2000 [RJ 2000\5304], señala que “según la jurisprudencia de esta Sala tal atribución de responsabilidad resulta plausible, pues hubo una conducta culposa evidente en los autores materiales del daño, una clara «culpa in operando», suficiente para imponer al amparo del artículo 1903.IV CC y constante jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por «culpa in vigilando» o «in eligendo» a la entidad, ya sea pública o ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían”. Por lo tanto, “la responsabilidad del empresario en la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando* o se acuda a la responsabilidad por riesgo, siguiendo el criterio mayoritario, ciertamente será indispensable una actuación culposa del dependiente o empleado, como se desprende del fundamento mismo de tal responsabilidad y del párrafo primero del propio artículo 1903 CC”.

A sensu contrario pero consiguiendo el mismo resultado, la citada STS 16.10.2007 [RJ 2007\7102], indica la necesidad de que el auxiliar actúe de modo culposo para que responda civilmente el empresario. La misma trata un caso de muerte a consecuencia de la ingestión de cianuro potásico, con intención suicida, del joven Santiago que vivía con sus padres y que estaba sujeto a tratamiento psiquiátrico por intentar, en varias ocasiones, atentar

⁷⁷⁸ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 304.

⁷⁷⁹ SSTS 24.3.1980 [RJ 1980\1297], 25.10.1980 [RJ 1980\4815], 13.10.1995 [RJ 1995\7407], 20.9.1997 [RJ 1997\6706], 15.9.1998 [RJ 1998\6742], 24.6.2000 [RJ 2000\5304], 10.10.2007 [RJ 2007\6813], 16.10.2007 [RJ 2007\7102], 17.9.2008 [RJ 2008\5881] y 23.6.2010 [RJ 2010\4904], entre otras.

con su vida. Dicho joven se dirigió a un establecimiento destinado a la venta de productos ortopédicos, instrumentos de laboratorio y sustancias químicas propiedad de la demandada. La sustancia fue vendida por su empleado, previa exhibición por el comprador de una tarjeta de un taller de joyería, con el fin de hacer creer que era para su utilización en el mismo (uno de los destinos habituales del cianuro). Los padres del fallecido demandan al dependiente y a la empresa.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestiman, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. El Tribunal Supremo también desestima el recurso de casación al entender que “no se ha apreciado la existencia de un comportamiento negligente por parte del dependiente que vendió el producto tóxico, ya que en absoluto incurrió en la omisión de las más elementales cautelas”.

El dependiente vendió el producto a un joven de apariencia normal que afirmaba adquirirlo para aplicación industrial, aunque después se sepa que lo ingiere, con intención suicida, produciendo su muerte. Por lo que para el Tribunal, al no haber negligencia en la actitud del dependiente, entiende que “no hay infracción del art. 1903 CC, que sanciona la responsabilidad por hecho ajeno, porque su aplicación, *centrada en la existencia de una culpa "in eligendo" o "vigilando", exige la previa declaración de culpa extracontractual por parte de la persona de que se debe responder* (énfasis añadido), respecto de la cual se ha producido la deficiente elección como empleado del establecimiento o la falta de la vigilancia adecuada en el desempeño del trabajo encomendado”, hechos que no suceden en este caso. Por lo que si no hay culpa del dependiente (no se da el art. 1902 CC), no puede accionarse la responsabilidad del art. 1903.IV CC en la persona del empresario, responsabilidad que necesita de la existencia de la culpa del dependiente.

Frente a esta posición, un sector minoritario de la doctrina, sostiene que debería admitirse la responsabilidad del empresario *ex art. 1903.IV CC* con independencia de la culpa del autor material del daño⁷⁸⁰. Los argumentos que emplea este sector son de distinto orden. En primer lugar, el texto del artículo 1903.IV CC no menciona expresamente la necesidad del comportamiento culposo del dependiente. Por consiguiente, la responsabilidad *ex artículo 1903 CC* no presupone la responsabilidad del agente material del daño con base al artículo 1902 CC, ni que hubiera culpa de su parte. En segundo lugar, en la medida en que la responsabilidad del empresario *ex art. 1903 CC* es por culpa propia, no debería ser necesaria la del dependiente. Es claro que el propio párrafo cuarto del artículo 1903 CC no menciona expresamente la necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa, bastando sólo la culpa del empresario. En tercer lugar, la regla general en los demás supuestos del artículo 1903 es la de no exigir tampoco culpa en el autor material del daño. En cuarto y último lugar, es clara la práctica jurisprudencial consistente en que, a pesar de exigir la prueba de la culpa del dependiente, no exige que se le demande y condene previamente o incluso, en admitir la condena del empresario *ex art. 1903.IV CC*, aunque el demandante no haya logrado identificar al causante directo del daño.

Efectivamente, aunque en algunas sentencias el Tribunal Supremo parece omitir la exigencia de la existencia previa de una conducta culposa del dependiente (art. 1902 CC), es decir, al faltar en sus argumentaciones el requisito expreso de la culpa del dependiente, parece que el mismo no es presupuesto previo ni necesario para accionar la responsabilidad civil del empresario. Cabe decir que no estoy de acuerdo con estas afirmaciones. A mi parecer, al tratarse de una responsabilidad directa del empresario, el Tribunal omite pronunciarse específicamente en cómo ha sido realizado este

⁷⁸⁰ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 305. Vid. también, Cavanillas Múgica, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, cit., pp. 92 a 94. En concreto, este autor señala que “el art. 1903 no menciona expresamente esta necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa (el primer párrafo se refiere a «actos u omisiones» y el cuarto a «perjuicios causados por sus dependientes»)”.

acto ilícito por parte del dependiente, y argumenta el fallo sólo en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del empleador. Pero ello no significa que no exista esta conducta culposa del auxiliar ya que, tal y como se ha expuesto anteriormente, sin esta conducta ilícita no puede solicitarse la responsabilidad civil por hecho ajeno del empresario. Es más, la jurisprudencia española admite que se demande sólo al empresario, cuya responsabilidad, como se sabe, es directa. Por lo que, las personas responsables conforme el artículo 1903 CC pueden ser demandadas directamente por la víctima, sin necesidad de accionar antes o al mismo tiempo contra el autor material del hecho dañoso⁷⁸¹. En tal caso, no obstante, sí que deberá entrar a analizar el tribunal si obró con negligencia alguien que no es parte en el proceso⁷⁸². Además, es la víctima quien debe acreditar la culpa del dependiente y probada ésta permite alcanzar la responsabilidad del empresario. Por lo que la responsabilidad directa del empresario no elimina la responsabilidad personal del dependiente culpable *ex art.* 1902 CC, y por lo tanto, “los dependientes se obligan personalmente respecto de la víctima por los hechos ilícitos que ellos cometan, aunque sea al servicio y cumpliendo las instrucciones del empresario”⁷⁸³.

Por todo ello, el requisito de la culpa en la persona del dependiente es un presupuesto admitido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina

⁷⁸¹ Gómez Calle, “Comentario al art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro De Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno (Directores), *Código Civil Comentado*, cit., p. 1466. Jurisprudencialmente y en términos generales, la STS 11.10.1990 [RJ 1990\7860]; respecto la responsabilidad de los padres, SSTS 14.4.1977 [RJ 1977\1654] y 28.7.1997 [RJ 1997\5810]; y respecto de la del empresario, SSTS 7.9.2006 [RJ 2006\6521] y 13.6.2007 [RJ 2007\3509], entre muchas.

⁷⁸² SSTS 11.3.1995 [RJ 1995\3133] y 12.2.1996 [RJ 1996\869]. En la doctrina véase Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 505 y Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 161.

⁷⁸³ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, ídem, p. 597.

mayoritaria española, aunque el mismo sea discutido por algunos autores, así como por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Si esto es así, parece que la existencia de culpa tiene, en principio, dos vertientes diferenciadas: si hay culpa en el dependiente, se admitirá la responsabilidad del empresario, pero cuando la misma no se acredite servirá para absolverle⁷⁸⁴. Es decir, si el principal demuestra que el auxiliar ha cumplido con el estándar de conducta exigible, la víctima ya no podrá pedir ninguna compensación de acuerdo con este artículo.

Por consiguiente, la necesidad de probar esta culpa como presupuesto de la responsabilidad civil del empresario, plantea diferentes cuestiones bien conocidas por nuestra jurisprudencia y doctrina españolas que se han ocupado del artículo 1903.IV CC, y que se señalan seguidamente.

⁷⁸⁴ Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 303.

2. ¿Cabe identificar el concreto auxiliar que ha causado el daño?

Para la víctima, no tener que identificar al agente que le ha causado el daño le reporta un claro beneficio: les es más fácil resarcirse del daño sufrido. Pero, respecto del principal, este hecho provoca que se deba plantear la necesidad de mantener o no el régimen de responsabilidad por culpa, como establece el texto actual del art. 1903 CC. La problemática surge porque para una parte de la doctrina⁷⁸⁵ la culpa del dependiente (*ex art. 1902 CC*) es individual y no colectiva. Por ello, hay que saber qué concreto dependiente ha causado el daño para poder atribuir la culpa al empresario y no que responda éste directamente. Además, el propio artículo 1904 CC reconoce la responsabilidad del dependiente, frente al que puede repetir el empresario. Por eso, según Zelaya Etchegaray, la víctima debe dirigir la demanda conjuntamente contra el dependiente y empresario. Aunque, como destaca Cabanillas Sánchez, exclusivamente de *lege ferenda* cabe excluir la necesidad de tener que probar la culpa del dependiente⁷⁸⁶.

Mientras que, tal y como seguidamente se verá, la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos consideran que la individualización no es imprescindible, acorde con el régimen de responsabilidad vicaria que propugnan la mayor parte de ellos, lo que evita la problemática del caso español. En efecto, la jurisprudencia española hasta mediados del 2000, no tenía inconveniente en reflejar el carácter “cuasi-objetivo” de la responsabilidad del empresario o en admitir “las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo”⁷⁸⁷. La consecuencia lógica y la seguida por los tribunales españoles hasta ese momento era no exigir al agente

⁷⁸⁵ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., pp. 79 y ss.

⁷⁸⁶ Cabanillas Sánchez, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, cit., p. 202.

⁷⁸⁷ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 9. El mismo autor pone como ejemplo, la STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291].

directo del daño culpa alguna pues era suficiente con la culpa propia del empresario. Es decir, para que respondiera el principal, bastaba que obrase de forma objetivamente antijurídica dando lugar al supuesto de hecho objetivo de un acto ilícito sin necesidad de exigir la culpa del auxiliar⁷⁸⁸. Por lo que los tribunales consideran suficiente que el daño provenga de una determinada empresa o, como bien dice el profesor Solé Feliu, “probar la culpa anónima de algún auxiliar”⁷⁸⁹, o lo que es lo mismo, no será necesario tener que identificar al concreto auxiliar causante del daño para hacer responder al empresario conforme al art. 1903.IV CC⁷⁹⁰.

Apoyan este argumento, entre otras, las SSTS 9.6.1998 [RJ 1998\3717] y 11.11.2002 [RJ 2002\9640]. Ambas versan sobre un supuesto de defectuosa asistencia sanitaria en las que el Alto Tribunal consideró imputables a los titulares de los respectivos centros hospitalarios como responsables en último grado, tanto de los defectos y negligencias en el funcionamiento de las actividades hospitalarias, como de las actuaciones profesionales de su personal sanitario, ya por culpa, ya por insuficiencia de medios, cuando resultan daños y perjuicios en las personas asistidas en los casos que dependan del mismo. Es claro que se está ante casos en el que no se pudo determinar ni individualizar al agente causante del daño. Por lo que, aun así, el Tribunal dictaminó una responsabilidad directa del principal por

⁷⁸⁸ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 46.

⁷⁸⁹ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 9.

⁷⁹⁰ Un ejemplo jurisprudencial se encuentra en la STS 15.11.2005 [RJ 2005\7632], sobre el fallecimiento de un peón albañil al caerse de un andamio a consecuencia de la omisión de las más elementales medidas de seguridad. Aunque la demanda no hacía referencia a la persona concreta que cometió el daño, este hecho no impidió fundamentar la responsabilidad extracontractual del empresario por hecho ajeno *ex* artículo 1903 CC, ya que como indicó el Alto Tribunal: “la acción relativa a este tipo de responsabilidad no exige la concreción previa de la persona individual que debía controlar la correcta instalación del andamio, porque cualquiera que fuere, se produce la misma si hay negligencia y una relación de dependencia que genera culpa «in eligendo» o «in vigilando» del empresario”.

la imposibilidad de ejercer un control absoluto de la actuación profesional y administrativa del personal que prestaba los servicios. Por ello, en ambas sentencias se estableció sobre el artículo 1903.IV CC, que “el mismo no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”⁷⁹¹.

Efectivamente, una vez probado que el hecho dañoso se produjo por una acción u omisión negligente ocurrida dentro del círculo de la actividad empresarial y que cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, no resulta imprescindible la identificación concreta de los empleados responsables para que responda civilmente la empresa. Así se reafirma en un caso para determinar la posible responsabilidad civil de una residencia privada de la tercera edad en la que un interno afectado por la enfermedad o mal de Alzheimer fallece⁷⁹². El fundamento de la responsabilidad civil, en este caso, se encuentra en la obligación de guarda y asistencia de las personas internas en el centro que, según el Tribunal, debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias que cada una de aquéllas impone, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo por parte del personal de la residencia para conocer en todo momento en qué lugar del

⁷⁹¹ Sobre este proceso jurisprudencial, Beluche Rincón, “*La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*”, cit., p. 209. Sobre la no necesidad de tener que identificar al concreto auxiliar que ha causado el daño, véase Martín Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2060.

⁷⁹² STS 23.2.2006 [RJ 2006\833].

establecimiento se encuentra y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trata de que una persona esté continuamente al lado del interno, sino de que se tenga conocimiento, en cada momento, de donde se encuentra. Como esto no ocurrió en el caso, ya que el paciente sin que se percatase el personal que se encontraba vigilando a los internos, pudo subir a la planta segunda tirándose por una ventana lo que produjo su fallecimiento, el Alto Tribunal consideró responsable civil por culpa *in vigilando* a la Residencia. Aunque no se supo cuál de los enfermeros o auxiliares cometió la omisión de vigilancia, es claro que el hecho dañoso se produjo en el círculo de la actividad empresarial, motivo suficiente para que deba de responder el principal.

Y a la misma solución llega el Tribunal Supremo en la sentencia de 6.3.2008 [RJ 2008\2938], sobre un caso de responsabilidad civil de una entidad bancaria, cuando cita que la absolución del empleado Augusto “porque no se pudo "individualizar su responsabilidad" (...), no excluye la responsabilidad civil del Banco por hecho ajeno, porque fuere culpable el Sr. Augusto, fuere otro Director de la Sucursal, o cualesquiera que fueren los empleados de la oficina, y se hallen determinados o no, el Banco debe responder, porque no resulta alterado ni un ápice su deber de vigilancia y control”.

Así mismo, los PETL, en los comentarios a su artículo 6:102, señalan que el texto del precepto utiliza el plural “auxiliares” para poder “indicar que no es necesario identificar al empleado que individualmente haya actuado, sino que es suficiente con llegar a establecer que era parte del personal al servicio del empleador”⁷⁹³. A mayor abundamiento, el artículo

⁷⁹³ Moréteau, “Comentarios al Art. 6:102 PETL”, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martí Casals, cit., núm. 6, p. 162.

4:202 PETL⁷⁹⁴ sobre responsabilidad de la empresa, soluciona también el problema de la no identificación del auxiliar. Los comentarios a este artículo señalan que si la víctima puede probar que el origen de su daño radica en esa empresa, puede hacer que responda ésta por la totalidad del daño causado por un defecto de la empresa⁷⁹⁵, aunque no pueda identificar la causa concreta del daño, es decir, si fue un defecto técnico o una negligencia humana. Entonces, será la empresa que deberá rebatir la presunción del defecto demostrado por la víctima. Así mismo, este artículo aborda el problema de los fallos en la gestión del control de calidad y de la organización, por ello, aunque el auxiliar haya causado un daño sin violar el estándar de conducta exigible, la empresa podrá ser igualmente declarada responsable⁷⁹⁶.

Lo acabado de exponer es un claro ejemplo de que, precisamente, a razón de la dificultad que puede tener la víctima para identificar al concreto autor del hecho ilícito y resarcirse del daño que le han causado, por ejemplo, cuando el daño se ha causado dentro de una gran organización empresarial siendo imposible para la víctima saber si el mismo deriva de un defecto material o negligencia humana, la tendencia de la mayor parte de la

⁷⁹⁴ “(1) La persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible”.

⁷⁹⁵ Entendido éste como “toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos y servicios” (Cf. Art. 4:202 (2) PETL). Para todo ver Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 513.

⁷⁹⁶ Koch, *Comentarios al Art. 4:202 PETL*, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 4 y 5, p. 136.

doctrina⁷⁹⁷ y la jurisprudencia española⁷⁹⁸ es la de no tener que identificar al concreto dependiente lo que, en ocasiones, acerca cada vez más esta tendencia hacia una interpretación más objetivada de la culpa del principal, o también a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo empresarial, ya que el principal es quien mejor posicionado está para hacerle frente.

El Alto Tribunal reitera su doctrina, más que consolidada, de hacer responder al principal cuando el daño se ha producido por una acción u omisión negligente acaecida en el círculo de la actividad empresarial y el mismo cabe atribuirlo a los empleados de la misma. Una de las sentencias que más se utiliza para fijar esta doctrina es la STS 29.10.2002 [RJ 2002\9314], en la que el Alto Tribunal se cuestiona la responsabilidad civil del empresario, el encargado de una discoteca, por el daño causado por un camarero suyo, no identificado, a una menor de edad que ingirió un líquido abrasivo que estaba en una botella de agua mineral servida por él mismo.

La sentencia interesa en como el Tribunal acredita la relación de dependencia a pesar de no ser identificado o individualizado el causante directo del daño. Para establecer o constatar dicha relación, atiende al ámbito en el que se produce el daño, es decir, recurre al círculo propio de la actividad empresarial. Así, ante la duda de la existencia de un contrato de trabajo con el camarero, presume que existe una relación de subordinación de éste respecto del encargado de la discoteca, es decir, entre el causante del daño y el empresario, por producirse el hecho lesivo dentro de la discoteca. Es evidente que la sentencia deja claro que existe responsabilidad civil del empresario por actos de sus dependientes en casos de autoría indeterminada.

⁷⁹⁷ Entre otros, Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 302 y ss.; Sierra Pérez, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 133 a 135 y Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y ss.

⁷⁹⁸ SSTS 9.6.1998 [RJ 1998\3717], 11.11.2002 [RJ 2002\9640], 15.11.2005 [RJ 2005\7632] y 6.3.2008 [RJ 2008\2938].

Así lo expresa el Tribunal cuando dice que “ha quedado plenamente evidenciado que, a pesar de no haberse podido identificar físicamente al camarero que despachó a la menor afectada por la bebida cáustica, es innegable la relación jerárquica o de dependencia que el mismo mantenía con el recurrente, encargado de la discoteca en que se desarrollaron los hechos. La falta de identificación del camarero, no sirve de fundamento a ninguna tesis exculpatoria, ya que el artículo 1903 CC (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y, según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”⁷⁹⁹.

Esta tendencia “objetivadora” de la culpa del auxiliar no sólo es una especificidad del derecho español, sino que se produce en la mayoría de los ordenamientos europeos. Para éstos es suficiente, para activar la responsabilidad del principal, que la conducta del auxiliar sea “objetivamente negligente”, aún en el caso que éste sea inimputable. Consiguen este resultado, ya porque los propios textos legales que regulan la responsabilidad por hecho ajeno requieren únicamente una conducta

⁷⁹⁹ En la doctrina, Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2060. Jurisprudencialmente, STS 24.3.2001 [RJ 2001\3986], en la que el Tribunal Supremo condenó por culpa *in eligendo* a una clínica por los daños causados a un neonato por un facultativo suyo. Lo realmente interesante del caso es que, aun y saberse qué facultativo ha causado el daño, el Tribunal recalca que si no se hubiese podido identificar al mismo, también existiría la responsabilidad del art. 1903.IV CC, ya que el daño fue ocasionado por una conducta negligente ocurrida en el seno de la organización empresarial del principal.

ilícita del auxiliar (*unlawful act*), tal y como sucede, por ejemplo, en el derecho alemán a través del § 831 BGB⁸⁰⁰, ya porque la propia jurisprudencia así lo establece. Un buen ejemplo radica en el derecho francés el cual, y de acuerdo con el artículo 489-2 *Code Civil*, una *faute* puede establecerse incluso si el empleado sufre de un trastorno mental, es decir, sólo responderá civilmente el principal, aunque quien cause el daño sea un incapaz. No ofrece duda, que este último quedará exonerado según el propio redactado del artículo⁸⁰¹. Del mismo modo que el redactado literal del artículo VI 3:201 DCFR anteriormente citado, exime de responsabilidad al incapaz pero no al principal. El fundamento, tal y como señalan los comentarios referentes al artículo, radica en la voluntad de hacer soportar las consecuencias negativas de una actividad a quien se beneficia de ella⁸⁰².

En nuestro país, también una parte de la doctrina exige la necesidad, a efectos del artículo 1903 CC, de precisar que el acto dañoso del hijo, pupilo, dependiente o alumno sea *objetivamente negligente* (énfasis añadido)⁸⁰³. Que sea objetivamente negligente significa que en su realización no se haya observado la diligencia objetivamente exigible en el tráfico a una persona adulta normal en similares circunstancias. Por lo que se trata de un acto que, de haber sido realizado por un sujeto civilmente imputable, daría lugar a su responsabilidad por culpa. Así, “si el acto dañoso objetivamente negligente es obra de un inimputable civil, de él puede derivarse perfectamente, si concurren los demás presupuestos legales, la responsabilidad de padres,

⁸⁰⁰ Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 27 y 28.

⁸⁰¹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 506.

⁸⁰² Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3458.

⁸⁰³ Fernando Pantaleón Prieto, voz “Culpa”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Madrid, Civitas, 1995, p. 5955 y Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1022 a 1024.

tutores, titular del centro docente o empresario”⁸⁰⁴. De lo contrario, un inimputable nunca respondería con base al artículo 1902 CC, por ausencia de culpa. No obstante, en el caso de la responsabilidad del empresario, lo más habitual es que el dependiente sea civilmente imputable, de manera que él mismo será responsable directo *ex art.* 1902 CC, además del empresario por hecho ajeno.

Respecto a la aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo empresarial, la misma se creó como una responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva⁸⁰⁵ o sin culpa, tal y como se ha acreditado al principio de este trabajo, y según señala Piñeiro Salguero⁸⁰⁶, para aquellas personas titulares de un instrumento o instalación que generase un riesgo más elevado de lo normal. Pero esta figura ha evolucionado, y en la actualidad los tribunales la utilizan para imponer un régimen de responsabilidad superior al de culpa a los mencionados titulares. Así, los tribunales en lugar de considerar la teoría del riesgo como un régimen de responsabilidad objetiva por la simple creación del riesgo, en ocasiones la emplean para señalar que en el concreto supuesto es exigible un régimen de responsabilidad más severo al normal de culpa. Y, en ocasiones, para conseguir tal resultado, en los que se mantiene la referencia a la culpa junto con hacer alusiones al riesgo⁸⁰⁷, aplican a la vez otros instrumentos jurídicos, como la inversión de la carga de la prueba, un

⁸⁰⁴ Gómez Calle, “Los sujetos de la Responsabilidad civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, cit., p. 154.

⁸⁰⁵ SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291] y 11.11.2002 [RJ 2002\9640].

⁸⁰⁶ Piñeiro Salguero, *Responsabilidad Civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, cit., p. 127.

⁸⁰⁷ SSTS 4.4.2000 [RJ 2000\2506], 9.10.2000 [RJ 2000\9184] y 29.10.2002 [RJ 2002\9314], en la cual el Tribunal Supremo cita entre otras sentencias y en el mismo sentido, que la responsabilidad del art. 1903.IV CC se funda en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* al mismo tiempo.

nivel elevado de diligencia, la presunción de culpa o se combina con el principio “*cuius est commodum eius est periculum*”⁸⁰⁸.

En efecto, la aplicación del artículo 1903 CC no está subordinado a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente, ni tampoco cabe duda su aplicación cuando el daño se ha producido por una acción u omisión negligente acaecida en el círculo de la actividad de la empresa y que cabe atribuir a los empleados de la misma. Por lo que es interesante que la mencionada STS 29.10.2002 [RJ 2002\9314]⁸⁰⁹, hable de “hecho ilícito”, es decir, que el Tribunal Supremo haga responder al empresario por la conducta ilícita del auxiliar. Lo interesante es que para que responda el principal no es necesario, según la misma, el requisito de culpa, sólo basta la existencia de una conducta antijurídica (acto ilícito), o lo que es lo mismo, que exista una conducta “objetivamente negligente”, por lo que entonces responderá el principal de manera vicaria. En la misma línea, la STS 24.6.2000 [RJ 2000\5304], también habla de “acto antijurídico y lesivo” del dependiente.

Parece que esta solución, en principio, marca un camino claro hacia una auténtica responsabilidad por riesgo empresarial. Entonces, el principal debería responder por el riesgo generado por la actividad sin que se tuviera que apreciar una culpa propia por su parte. El mero hecho de causarse el daño a consecuencia de la forma de organización empresarial, bastaría para hacer responder al principal. No obstante, estos casos son escasos y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en buscar alguna culpabilidad o algún criterio de imputación de la responsabilidad que se asimile a la negligencia, sin acabar de asumir un concepto amplio de la

⁸⁰⁸ Gómez Calle, “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1018 y 1019 y Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2161.

⁸⁰⁹ El Alto Tribunal funda la responsabilidad del empresario (encargado de una discoteca), tanto en base a la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, como por riesgo empresarial.

noción de garante, tanto en relación al causante concreto del daño como de caras a la potencial víctima del daño⁸¹⁰. Además, como ninguna de estas sentencias profundiza más, ni tampoco han habido otras sentencias que responsabilicen civilmente al principal sólo por la existencia de un acto o hecho lesivo, a mi entender no puede considerarse como otra vía jurisprudencial minoritaria del Supremo.

Un buen argumento que apoyaría mi tesis, es el que postula García-Ripoll sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando habla del término “antijuridicidad”. En efecto, este autor indica que en ocasiones, el Tribunal Supremo sustituye los términos “culposa o negligente” cuando se refiere a la acción u omisión, por “ilícita”⁸¹¹. Así, para que se imponga el deber de indemnizar a un tercero es necesaria, en nuestro ordenamiento, una causa que especialmente lo justifique. Es decir, para la mayoría de la doctrina es rechazable que la antijuridicidad sea otro requisito más de la responsabilidad civil. La razón es que ligar la antijuridicidad a la conducta del responsable, contradice la función propiamente resarcitoria del precepto. De un lado, porque no puede imponerse al causante del daño la obligación de indemnizar por serle reprochado haber obrado antijurídicamente, del otro porque no puede imponérsele que no vuelva a actuar así. Por lo que, dado

⁸¹⁰ Efectivamente, la STS 9.7.2003 [RJ 2003\4618], recuerda la doctrina de esta Sala sobre “la necesidad de una cumplida demostración del nexa referido, que halla patente la culpabilidad del agente en la producción del daño –que es lo que determina su obligación de repararlo– no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o por la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos, pues el cómo y por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso”.

⁸¹¹ Martín García-Ripoll Montijano, *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 24 a 34.

que el daño es objetivamente imputable a la conducta culposa del auxiliar, se estima justo que sea él quien lo soporte en vez del dañado⁸¹².

Por consiguiente, si hablamos de responsabilidad por hecho ajeno, me parece necesaria una actuación previa del auxiliar para que genere el nacimiento de esta responsabilidad en la persona del principal. Así, no tiene tanta cabida la responsabilidad por riesgo empresarial como sí tender hacia una responsabilidad vicaria del principal, ya que la misma propugna, para que responda el principal objetivamente, que haya una actuación objetivamente negligente del auxiliar, más acorde con el tipo de responsabilidad que se está analizando. Si no, bastaría que la misma se llamara responsabilidad del principal o empresarial a secas. Sí es cierto, que la intención de estas sentencias pueden servir, en un futuro, como fundamento para el nuevo redactado del art. 1903.IV CC de carácter objetivo, para establecer la responsabilidad vicaria del principal.

En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español admite la responsabilidad del empresario en supuestos en los que se presume la culpa del dependiente desconocido que obtiene, bien de las circunstancias en las que se ha producido el daño, bien de la pertenencia del responsable a la organización del empresario, en aras a beneficiar a la víctima y a pequeñas empresas⁸¹³. En palabras de Martín-Casals y Solé Feliu, no es preciso identificar al dependiente concreto causante del daño siendo suficiente “demostrar que el daño fue ocasionado por una conducta negligente ocurrida en el seno de la organización empresarial del principal,

⁸¹² Fernando Pantaleón Prieto, *Comentario al Art. 1902 CC*, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de justicia, Tomo II, Madrid, 1993, pp. 1994 y 1995. Son de la misma opinión, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., pp. 110 a 113 y Asúa González, “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, cit., p. 447.

⁸¹³ En este sentido, las SSTS 10.11.1990 [RJ 1990\8538], 24.2.1992 [RJ 1992\1427], 16.4.1993 [RJ 1993\2886], 9.6.1998 [RJ 1998\3717] y 11.11.2002 [RJ 2002\9640], entre otras muchas.

aunque no pueda individualizarse el autor concreto de aquélla”⁸¹⁴. Así, el daño del agente se imputa, en general, a la actividad de la empresa o, lo que es lo mismo, el Tribunal hace responder presuntamente al principal por la organización, proyección, distribución, control, dirección, etc., de la empresa (tanto de sus elementos personales como materiales) sobre sus auxiliares, llevando así, hasta sus últimas consecuencias, la naturaleza presuntiva de esta responsabilidad⁸¹⁵. Es por ello, que para la víctima es suficiente probar que el daño que ha sufrido deriva de esa empresa y que ha sido causado por alguno de sus auxiliares, aunque no pueda identificar, concretamente, cuál de ellos ha sido.

No obstante, los tribunales en lugar de considerar la teoría del riesgo como un régimen de responsabilidad objetiva por la simple creación del riesgo, en ocasiones la emplean para establecer un régimen de responsabilidad más severo al normal de culpa. No se puede obviar que la responsabilidad del principal *ex art. 1903.IV CC* es directa y subjetiva por hecho ajeno, por lo que es necesaria una actuación previa del auxiliar que genere el nacimiento de la responsabilidad del principal. Este hecho va en consonancia con el redactado del *art. 1904.I CC*, según el cual el principal que ha pagado la indemnización a la víctima, puede accionar la acción de repetición prevista contra el auxiliar en proporción al daño causado.

Por lo que, a mi entender, como fundamento para el nuevo redactado del *art. 1903.IV CC*, y para no desnaturalizar el concepto de responsabilidad civil por hecho ajeno, no tiene tanta cabida la responsabilidad por riesgo empresarial, y sí un régimen de responsabilidad vicaria. Este régimen hace responder de un modo objetivo al principal, siempre y cuando haya una actuación objetivamente negligente del auxiliar.

⁸¹⁴ Martín-Casals/Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios al Código civil*, cit., p. 2060.

⁸¹⁵ Cavanillas Múgica, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, cit., p. 94.

3. ¿Debe demandarse conjuntamente al principal y al auxiliar?

La cuestión de si resulta necesario demandar conjuntamente al principal y al auxiliar para que la víctima pueda resarcirse del daño causado por el segundo, tiene una respuesta negativa unánime en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Así, la posición mayoritaria en Europa sostiene que la responsabilidad por hecho ajeno del principal no excluye la del propio auxiliar⁸¹⁶. Y lo mismo sucede en España. Tal y como se ha indicado, aunque se necesite el requisito de la culpa del dependiente para declarar la responsabilidad civil del empresario, incluso cuando el mismo no sea identificado⁸¹⁷, ello no significa que el Tribunal Supremo español exija la previa condena del dependiente (Art. 1902 CC) como presupuesto previo de la responsabilidad del empresario. Esto es así, porque la responsabilidad de ambos es propia y autónoma⁸¹⁸.

En efecto, ya la doctrina civilista de finales del siglo XX, apuntaba que la responsabilidad por hecho ajeno trata una responsabilidad directa del principal, lo que se deduce del párrafo I del artículo 1903, sin que el tercero

⁸¹⁶ Así, por ejemplo, Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3459). En nuestro país, véase De Ángel, “Comentario del artículo 1903”, en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código Civil, vol. 9, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Arts. 1903 a 1976*, cit., p. 27; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 336 y, recientemente, María Pilar Mollar Piquer / Silvia Vilar González, “La responsabilidad del notario por acto de sus empleados”, Madrid, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2013, p. 1249.

⁸¹⁷ Efectivamente, la mencionada STS 29.10.2002 [RJ 2002\9314], indica que existe responsabilidad directa del principal aunque no se identifique al dependiente ya que “el artículo 1903 del Código Civil, que entraña una responsabilidad directa, no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente que, con su actuar culposo o negligente, sea deudor con el empleador o empresario de una indemnización solidaria”.

⁸¹⁸ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., p. 39.

perjudicado tenga necesidad de reclamar primero contra el causante real del daño⁸¹⁹. De ahí, que la jurisprudencia de la Sala Primera haya declarado reiteradamente que el artículo 1903 sanciona una responsabilidad directa del patrono, empresario, padre o tutor. No obsta a ello que el artículo 1904 CC disponga que “[E]l que paga el daño causado por sus dependientes pueda repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”, toda vez que este precepto alude a la relación interna entre ambos responsables y no a la relación externa frente al tercero perjudicado. Por lo que este último, no tiene necesidad de reclamar primero contra el causante real del daño⁸²⁰. Es más, los comentarios al artículo 6:102 PETL reconocen al auxiliar la posibilidad de ejercer un posterior derecho de reembolso contra el empleador, aunque su negligencia haya sido grave⁸²¹.

A su vez, la jurisprudencia española en la STS 23.1.2004 [RJ 2004\50], declara que la responsabilidad civil del empresario es de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que el artículo 1902 CC atribuye al autor material del daño. Por lo que admite que se demande sólo al empresario sin perjuicio de las posibles reclamaciones entre ellos, cuya responsabilidad, como se sabe, es directa. Así lo señala también la STS 24.6.2000 [RJ 2000\5304], al establecer que es “jurisprudencia de esta Sala que no obliga a demandar a quienes se hallan en relación de dependencia con otro de los demandados, que asume responsabilidad directa sobre el evento”. Efectivamente y como indican las SSTS 29.5.2003 [RJ 2003\3913] y 21.6.2006 [RJ 2006\3080], la responsabilidad del principal recogida en el

⁸¹⁹ Santos Briz, *Derecho de Daños*, cit., pp. 282 a 291. Véase también Valverde y Valverde, *Tratado de derecho civil español, T. III, Parte Especial. Derechos personales o de obligaciones*, cit., p. 797.

⁸²⁰ Santos Briz, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., p. 566. Este autor cita las SSTS 24.3.1953, 30.4.1960, 16.4.1968, 26.12.1978, 26.10.1981, 30.12.1981 y 21.1.1983, entre otras.

⁸²¹ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 19, p. 165.

artículo 1903.IV CC se entiende directa y no subsidiaria cuando derive “del incumplimiento de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, como así ha venido declarándose de manera constante en la jurisprudencia de la Sala”. De lo que se deduce que, aunque la víctima sólo demande al principal para resarcirse del daño que le ha ocasionado el auxiliar es necesario que exista la conducta culposa de este último.

Si la víctima quiere demandar conjuntamente al principal y al auxiliar, se ejercitará la acción por el artículo 1902 CC contra el dependiente y la del artículo 1903.IV CC contra el empresario. Si resulta absuelto el empleado, los tribunales aplicarán el artículo 1902 CC a la empresa para determinar si ésta debe resarcir los perjuicios causados a la víctima. No se aplicará el Art. 1903 CC porque es requisito indispensable la culpa del dependiente para poder solicitar la responsabilidad civil del empresario por hecho ajeno⁸²². Por lo tanto, la jurisprudencia española para decretar la responsabilidad del empresario por los actos de sus empleados, admite que se trata de una responsabilidad directa pero requiere “indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente”⁸²³. Así, el empleador es civilmente responsable sólo por aquellos daños de los cuales el propio empleado es responsable frente a la víctima⁸²⁴. O como bien admiten los comentarios al artículo VI.3:201 DCFR, la responsabilidad del principal prevista en el precepto “no desplaza la responsabilidad personal del empleado; sino que se añade a ella”, en cuyo

⁸²² Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 336 y ss.

⁸²³ SSTS 11.11.2002 [RJ 2002\9640], 16.5.2003 [RJ 2003\4756], 13.5.2005 [RJ 2005\3996], 9.11.2005 [RJ 2005\7721] y 23.6.2010 [RJ 2010\4904], entre otras.

⁸²⁴ Zelaya Etxegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 76.

caso “existe responsabilidad solidaria”⁸²⁵.

En conclusión, la víctima tiene a su disposición diversas opciones que le permiten, bien demandar exclusivamente al principal, bien demandar directamente al auxiliar, o bien ejercitar una demanda conjunta contra ambos para obtener su responsabilidad solidaria. El hecho de poder demandar directamente al auxiliar, es una cuestión en la que coincide la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. El argumento de fondo es que el objetivo prioritario de un régimen de responsabilidad del principal (ya sea vicaria o por culpa presunta) no es tanto proteger al auxiliar sino a las víctimas del daño, a quienes se quiere favorecer mediante una ampliación del círculo de potenciales responsables⁸²⁶.

⁸²⁵ Von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., Com. Art. 3:201, p. 3459.

⁸²⁶ Entre otros, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 37.

4. ¿Responsabilidad o inmunidad del auxiliar?

Una cuestión importante que plantean los regímenes donde hay responsabilidad vicaria es que no hay una norma como la del artículo 1904.I CC en Derecho comparado, pero sí la contraria, es decir, la que exige de responsabilidad al auxiliar, tanto externamente como internamente.

Ya se apuntaba que la posición dominante tanto de la jurisprudencia española como del derecho comparado es que admiten la posibilidad de demandar sólo al principal, sólo al auxiliar, o bien conjuntamente a ambos en calidad de responsables solidarios –y después internamente, quien haya satisfecho la indemnización a la víctima, dispondrá de una acción de regreso contra el otro⁸²⁷. Además, no se precisa la insolvencia del dependiente como paso previo para dirigirse contra el patrimonio del empresario⁸²⁸. También se apuntaba que en la mayoría de las veces la víctima sólo demanda al principal, por lo que cabría preguntarse, si es normalmente el principal quien asume la responsabilidad, ¿podría tener como efecto la exclusión de la responsabilidad del auxiliar, dejándole fuera del sistema y haciéndole inmune frente a demandas interpuestas por la víctima?

En efecto, si no se quiere optar por la solución de que responda solidariamente en todos los casos el auxiliar junto al principal, se plantea si debe establecerse algún tipo de inmunidad en beneficio del auxiliar parecido a la que existe en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en relación con los actos dañosos del personal a su servicio⁸²⁹. Es decir, se trataría de canalizar la responsabilidad exclusivamente a través del

⁸²⁷ Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 513.

⁸²⁸ Mollar Piquer / Vilar González, “La responsabilidad del notario por acto de sus empleados”, cit., 1249.

⁸²⁹ Art. 154.1 y 2, de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (LRJAP-PAC).

principal y vedar la posibilidad de dirigirse contra el auxiliar. En cuanto a los daños causados por personas al servicio de las Administraciones Públicas, ya se comentaba que la LRJAP-PAC impone a la Administración Pública un régimen de responsabilidad objetiva, tanto por los daños causados por el funcionamiento normal de los servicios públicos como por el funcionamiento anormal sin que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra el funcionario o persona al servicio de la Administración. Es decir, dicho régimen se aplica sin necesidad de identificar al agente del daño concreto y sin necesidad de demandarlo, aunque quien ejecute el servicio público no tenga la condición estricta de funcionario⁸³⁰. Por lo que, los artículos 154.1 y 2 LRJAP-PAC protegen al personal al servicio de las Administraciones Públicas y canalizan las demandas a través de la misma Administración Pública, siendo sólo en vía de regreso que ésta debe ejercitar la acción de repetición frente a la concreta persona a su servicio que causó el daño, y únicamente en los casos de dolo y culpa grave. Así, si se optase por generalizar una regla de este tipo, surge otra duda, ¿Qué ocurriría con el posible ejercicio de una acción de repetición interna entre el principal responsable y el auxiliar? ¿Debería reducirse a los casos de dolo y culpa grave del auxiliar tal y como sucede en la Administración Pública –criterio mucho más protector para los intereses del auxiliar–, o si por el contrario, debería extenderse también a los supuestos de culpa simple del auxiliar?

En este caso, como señala Martín-Casals⁸³¹ “[S]i existiera dicha inmunidad, la víctima sólo podría dirigirse contra el principal quien,

⁸³⁰ Sobre la cuestión, véase Busto Lago, *La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, en L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. III, Parte especial segunda*, cit., p. 916 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 251.

⁸³¹ Martín-Casals, *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en el Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 7 y 8 de abril de 2011 en A Coruña, la cual forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, cit., p. 79.

después de pagar la indemnización correspondiente, sólo podría dirigir su acción de repetición contra el auxiliar cuando éste hubiera incurrido en dolo o negligencia grave”. Así, por ejemplo, en Austria y Bélgica la legislación laboral impide la acción de regreso del empresario contra el trabajador, a menos que éste haya incurrido en dolo o negligencia grave, y en Polonia esa acción de regreso se da en todos los supuestos de actuación no dolosa del empleado pero se limita al triple de su salario mensual⁸³². Por su parte, la legislación de seguros francesa impide que el asegurador del empresario pueda ejercer la acción de regreso contra el empleado una vez pagada la indemnización a la víctima⁸³³.

Así que, según lo acabado de exponer, la posición dominante en el derecho comparado rechaza una regla general de inmunidad que obligue a las víctimas a canalizar la responsabilidad a través del principal, más allá del ámbito de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas – solución que coincidirían los derechos español y francés⁸³⁴–, sólo algunas normas en materia de responsabilidad civil en los países escandinavos y los Países Bajos, acogen una solución de este tipo⁸³⁵. Por lo que las víctimas pueden dirigir su acción también contra el auxiliar, tal y como ya se ha visto en el apartado anterior, criterio que defienden tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas, como también el derecho francés y el inglés que entienden que la responsabilidad de los empleados es un requisito previo para la responsabilidad vicaria del principal, lo que implica que ambos serán solidariamente responsables por los daños sufridos por la víctima. Si bien, el

⁸³² Christian von Bar, *Vicarious Liability*, en Arthur Hartkamp / Martijn Hesselink / Ewoud Hondius / Carla Joustra / Edgar du Perron, *Towards a European Civil Code*, 2nd, Nijmegen/The Hague/London/Boston, Ars Aequi Libri / Kluwer Law International, 1998, p. 446. Martín-Casals, “La Responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez, *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, cit., p. 513.

⁸³³ Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 509.

⁸³⁴ Galand-Carval, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 304.

⁸³⁵ Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 35.

empleador tiene derecho a reclamar indemnizaciones a los empleados negligentes, en la práctica esto sólo pasa en los casos de colusión o por mala conducta del empleado. Esto se debe a un “pacto de caballeros” entre las aseguradoras de responsabilidad civil de los empleadores para no solicitar contribuciones extras a los empleados⁸³⁶.

En los PETL también prima, en relación a la responsabilidad del auxiliar, la responsabilidad solidaria entre éste y el principal. Así, quien satisfaga la indemnización a la víctima dispondrá de una acción de regreso contra el otro, en la que se tendrá en cuenta –ya en la relación interna–, el respectivo grado de culpa de cada uno de ellos. Efectivamente, tal y como señalan los comentarios al artículo 9:102 PETL, “cuando, por ejemplo, un demandado responde objetivamente con base en el riesgo y el otro responde por culpa, no debería derivarse automáticamente y en todos los casos que el primero recupera la indemnización completa del segundo”. Del mismo modo, no “debería excluirse automáticamente el regreso cuando un demandado es un causante doloso”⁸³⁷, ni rechazarse los acuerdos contractuales a que hubiesen podido llegar las partes en relación con la distribución interna de responsabilidades para el caso de reclamación de un tercero, siempre, por supuesto, que estos acuerdos respeten las normas de derecho imperativo aplicables a la materia (como podrían ser, por ejemplo, las relativas al control de cláusulas abusivas)⁸³⁸.

Efectivamente, que un régimen sea de responsabilidad vicaria sólo implica que el principal responde objetivamente frente al perjudicado por la

⁸³⁶ Véase al respecto Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 509.

⁸³⁷ Rogers, “Comentarios al Art. 9:102 PETL”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 6, p. 197.

⁸³⁸ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514.

conducta objetivamente negligente del auxiliar, pero no implica que, una vez satisfecha la indemnización, éste recupere del auxiliar la totalidad de la suma pagada. Mientras que en los regímenes de responsabilidad por hecho ajeno es necesario distinguir entre relación interna entre el principal y el auxiliar, y relación externa entre el principal y la víctima. Referente a la relación externa, el principal responde ante la víctima por unos criterios que no tienen que trasladarse automáticamente en sede interna, o bien por culpa propia, o bien sin ella. Mientras que en la relación interna principal/auxiliar, hay que diferenciar necesariamente la culpa de cada uno sobre el hecho dañoso, es decir, hay que establecer sus respectivas cuotas finales. Por lo que, una vez establecidas, el principal podrá repetir sólo la parte que se le imputa a la conducta del auxiliar⁸³⁹.

En conclusión, es claro que sólo en determinados ordenamientos jurídicos y por unas determinadas causas, se establece una inmunidad en la responsabilidad civil del auxiliar. Mientras que la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos tanto del *civil law* como del *common law* se declaran a favor de una responsabilidad del auxiliar solidaria con la del principal. Por lo que, para la víctima poder demandar directamente al auxiliar, es una cuestión en la que coincide la mayoría. El argumento de fondo, ya apuntado, es que el objetivo prioritario de un régimen de responsabilidad del principal (ya sea vicaria o por culpa presunta) no es tanto proteger al auxiliar sino a las víctimas del daño, a quienes se quiere favorecer mediante una ampliación del círculo de potenciales responsables⁸⁴⁰.

⁸³⁹ Por un estudio más exhaustivo, véase Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., pp. 151 y 152.

⁸⁴⁰ Entre otros, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 37.

V. La acción de regreso entre principal y auxiliar

1. Criterio general

En la mayoría de ocasiones, es el principal quien satisface la indemnización a la víctima por los daños que ha sufrido, aunque nada obsta que sea el propio auxiliar quien resarce a la víctima, pese a no ser lo más común. El hecho de que no se acepte la inmunidad del auxiliar lleva como consecuencia implícita la posibilidad de que el principal, una vez satisfecha toda la indemnización, pueda ejercer frente a aquél una acción de repetición para recuperar la parte de la indemnización imputable a la responsabilidad del auxiliar⁸⁴¹. Por lo que, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, se admite la posibilidad de que quien satisfaga la indemnización pueda ejercer una acción de repetición para recuperar aquella parte de la indemnización pagada imputada al otro responsable solidario. Esto sucede, tanto en relación a los ordenamientos que optan por regímenes de responsabilidad vicaria, como en aquellos que mantienen el régimen tradicional de responsabilidad por culpa presunta del principal⁸⁴². Su justificación es clara: quien causa un daño debe responder por él⁸⁴³. Este hecho evita que los auxiliares negligentes se exoneren de responsabilidad, lo que les incentiva a tener que actuar de forma diligente.

En efecto, el derecho alemán que prevé la responsabilidad civil del principal por culpa presunta, establece que si el empresario ha pagado la

⁸⁴¹ Rogers, “Comentarios al Art. 9:102 PETL”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., p. 197.

⁸⁴² Véase al respecto Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514 y Van Dam, *European Tort Law*, cit., pp. 504 y 507.

⁸⁴³ Solé Feliu, *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, cit., p. 92.

indemnización a la víctima, sólo tendrá un derecho de repetición contra el empleado si éste actuó con dolo o negligencia grave. A su vez, si es el dependiente quien ha pagado los daños y perjuicios, tiene derecho a repetir contra el empleador si no actuó intencionalmente. O bien, el derecho francés que prevé la responsabilidad objetiva del principal señala que, por lo general, el empleador y el empleado son solidariamente responsables (artículos 1382 y 1384(5) *Code Civil*). Así mismo, si el empleador ha pagado la indemnización a la víctima tiene, en principio, un derecho de repetición contra el empleado. Pero a lo largo del tiempo, la *Cour de cassation* ha reducido sistemáticamente las posibilidades del empresario para recurrir. En 1993 decidió que la acción de regreso sólo era posible si el empleado cometía una *faute personnel*, es decir, si el dependiente actuó con dolo o culpa grave (artículo 1802-2). Siete años después, la *Cour* falló en su decisión *Costedoat v Girard et autres*⁸⁴⁴, que el empleado no es personalmente responsable si no se ha extralimitado en sus funciones.

⁸⁴⁴ Ass. Plén. 25.2.2000, JCP 2000, II, 10295.

2. El régimen jurídico del artículo 1904.I CC y su poca repercusión práctica

Como ya se apuntaba al principio de este trabajo, el régimen jurídico de la acción de regreso del art. 1904.I CC cuyo tenor literal dice que “[E]l que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”, plantea una problemática doctrinal, ya que pese a la previsión legal, la jurisprudencia española se ha pronunciado en pocos litigios sobre acciones de regreso ejercitadas por principales contra sus agentes⁸⁴⁵. Tales acciones son más frecuentes a instancia de las aseguradoras de responsabilidad civil⁸⁴⁶. Las razones pueden ser varias: la habitual insolvencia de los dependientes; la injusticia que se crearía cuando la culpa del dependiente no revistiera gravedad; porque ambas partes han pactado una cláusula contractual en caso de reclamación de un tercero; porque el empresario ha despedido a su empleado o, no siendo tan drásticos, con una amenaza de despido o con una sanción disciplinaria la cosa queda ahí sin llegar a los tribunales. Ni cabe decir las posibles malas relaciones que se podrían crear en el seno de la empresa si el principal ejerciera este derecho⁸⁴⁷. Efectivamente, los empresarios rara vez demandan por vía de regreso a sus empleados, la dificultad de mantener intacto el contrato de

⁸⁴⁵ STS 26.10.2002 [RJ 2002\9183] y SSAP de Málaga de 31.1.2008 [AC 2008\1205], de Navarra de 15.9.2009 [JUR 2009\54381] y de Islas Baleares de 5.10.2010 [AC 2010\1738]. Es más, para la Administración Pública que la acción de regreso le es impuesta de modo obligatorio contra el personal a su servicio, aunque sólo en los casos en que este haya actuado con dolo o culpa grave, ya que el artículo 145.2 LRJAP establece literalmente: “*exigirá de oficio*”, no se han hallado sentencias en las que se exija tal regreso. Así mismo, esta poca aplicación práctica no es sólo un mal que adolece en el derecho español, ya que lo mismo sucede en el derecho anglosajón. Véase en este sentido Brodie, “Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability”, cit., p. 507.

⁸⁴⁶ Como ejemplos jurisprudenciales, la STS, 1ª, 11.6.2002 [RJ 2002\4885], que trata el caso de un incendio que causa daños a la nave colindante. La indemnización fue abonada por la aseguradora, que ejerce la acción de regreso. Y lo mismo sucede en la STS, 3ª, 16.5.2002 [RJ 2002\4515], sobre una acción de regreso interpuesta por la aseguradora por un accidente marítimo.

⁸⁴⁷ Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 354.

trabajo con una contienda judicial abierta entre las mismas partes de la relación laboral, contribuye sin duda a la inutilización de esta vía⁸⁴⁸. De hecho, la causación de accidentes no suele ser causalmente unilateral, ni se considera normativamente imputable al causante inmediato del daño: el riesgo es, típicamente, un riesgo de empresa asociado a su actividad y no sólo al trabajador⁸⁴⁹. De ahí que determinar el fundamento del derecho de regreso sea más un problema doctrinal, claro está, por esta escasez de aplicación práctica.

La problemática surge en el momento en que debe responder el empresario por la responsabilidad del artículo 1903 del CC, que sabemos que es de carácter subjetivo, por no haberse podido exonerar en virtud del párrafo VI del mismo precepto, al acreditarse culpa propia del mismo *in eligendo* o *in vigilando*⁸⁵⁰. Ahora bien, el tenor literal del artículo 1904.I CC permite al empresario repercutir “lo que hubiese satisfecho” contra el empleado o empleados que han causado el daño. Por lo que si responde el

⁸⁴⁸ Cremades García, “La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes”, cit., pp. 173 y ss.

⁸⁴⁹ Salvador Coderch *et alii.*, “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, cit., p. 18.

⁸⁵⁰ De Ángel Yágüez, en “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, cit., p. 2035. Jurisprudencialmente lo ejemplifica perfectamente la SAP de Málaga 31.1.2008 [AC 2008\1205], al señalar que: “el tercero civilmente responsable directo tiene en su favor acción de repetición o de regreso contra el autor material del daño, a tenor del artículo 1904 CC, hipótesis con la que se trata de reforzar la seguridad de que el perjudicado conseguirá una reparación y de ahí que se establezca la responsabilidad del empresario, pudiendo el perjudicado dirigir su reclamación contra el dependiente o contra el empresario, de manera que si éste repara el daño, puede después repetir contra aquél, lo que suscita duda acerca de si la filosofía del Código consiste en que el empresario responde por culpa, cuya presunción del párrafo final del artículo 1903 no ha podido romper, si después se le permite regresar contra el empleado provocando, si el regreso encuentra éxito, que sea el empleado el único responsable efectivo, sosteniendo la doctrina sobre esta particular cuestión que el empresario viene obligado en todo caso a la reparación, pudiendo dirigirse en vía de regreso contra el empleado solamente si la actuación de éste ha sido negligente o, al menos, demostrando en el segundo pleito que la diligencia de la empresa siempre fue completa”.

empresario por su culpa y luego puede repetir todo lo que ha satisfecho, acabará no respondiendo. Dicho de otro modo, si el empresario responde porque hubo culpa por su parte, no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización. Si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo.

Por la evidente incongruencia de la norma que recalca la propia jurisprudencia española, la doctrina científica presenta diferentes líneas de interpretación del ya citado apartado primero del artículo 1904 CC. Primeramente, Concepción Rodríguez⁸⁵¹ sostiene que la responsabilidad del empresario es por culpa propia, entendiendo que la atribución de la responsabilidad “se funda en los propios actos del declarado responsable que, por no observar la debida diligencia en la vigilancia o en la elección de las personas ligadas a él por alguno de los vínculos legalmente establecidos, incurre en responsabilidad”.

Para Barceló Doménech⁸⁵², se trata de una responsabilidad por culpa la cual se presume y puede el empresario liberarse de la obligación de indemnizar, si prueba que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, tal y como establece el artículo 1903.VI CC. Si bien, también apunta que existen razones para la objetivación, una de las cuales, precisamente, se encuentra en el derecho de regreso del artículo 1904 CC.

Díez-Picazo y Gullón⁸⁵³ opinan que si el empresario responde por culpa propia, la acción de regreso del artículo 1904.I CC carece de toda justificación, porque si el empresario es responsable de su falta no deberá

⁸⁵¹ José Luís Concepción Rodríguez, *Derecho de daños*, Bosch, 3ª ed., 2009, p. 121.

⁸⁵² Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 163 y ss.

⁸⁵³ Díez-Picazo / Gullón, *Sistema de Derecho Civil, II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, cit., p. 346.

repetir nada, ya que mal puede reclamar quien paga algo a lo que está obligado. O, a lo sumo, indemnizará aquello que excediese de los que debiera compartir con el agente directo del daño. Según estos autores parece que se trataría de una culpa compartida entre el empresario y el dependiente que ha causado el daño, de forma que cada uno debe responder de su parte en las relaciones internas, como si de obligaciones solidarias se tratara. Añaden que este artículo tendría su explicación en un sistema que fundamentase la responsabilidad del empresario objetivamente, prescindiendo de su culpa, pero no cuando se basa en ésta.

Otros autores, como Yzquierdo Tolsada, Lacruz y Roca Trías⁸⁵⁴, defienden la necesidad de interpretar los artículos 1903.VI y 1904.I del Código Civil en términos de la ya mencionada responsabilidad vicaria. Según estos autores, el sentido literal del artículo 1904.I CC sólo puede entenderse si se prescinde de la responsabilidad por culpa. Como apunta Roca Trías⁸⁵⁵, si se parte de que el criterio de atribución es, o debe ser siempre, la culpa propia, se encontrarán graves dificultades para justificar porque el responsable por un hecho ajeno va a poder recuperar del agente del daño aquello que pagó. Pero esta postura objetivista encuentra el principal obstáculo en el párrafo VI del artículo 1903 CC, al permitir la exoneración del empresario si demuestra que empleó toda la diligencia exigida para prevenir el daño. Esta autora ante tal contradicción se decanta por el artículo 1904.I del CC en detrimento del artículo 1903.VI CC, al entender que dado que la jurisprudencia ha dificultado al empresario su exoneración de forma notoria debiendo de resarcir a la víctima, ha quedado como una norma casi obsoleta (el párrafo sexto), por lo que debe primar las consecuencias que derivan del reconocimiento legal del derecho de

⁸⁵⁴ Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301, Lacruz Berdejo *et alii.*, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Volumen 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, cit., p. 501 y Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 20 y 21.

⁸⁵⁵ Roca Trías / Navarro Michel, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., pp. 157 y 158.

repetición (Art. 1904.I CC), dada la realidad social que impera en estos momentos, tal y como obliga el artículo 3.1 del CC.

Efectivamente, se tome la postura que se tome, como indica Roca Trías⁸⁵⁶ “siempre existirá un argumento para evitar su corrección; de aquí a considerar que nos hallamos ante un callejón sin salida, no hay más que un paso, y por ello debe tomarse partido por alguna de las soluciones que se apuntan en la moderna jurisprudencia. Es claro que si se sigue manteniendo la responsabilidad por culpa del empresario conduce, como se ha visto, a un sistema en el que la propia culpa deja de tener razón de ser: si resulta que no es posible liberarse del pago de la indemnización porque la prueba de la no culpa resulta tan dificultosa que deviene imposible, es que estamos ante un supuesto claro de objetivación frente a la víctima del daño. Y entonces la única posibilidad es configurar la responsabilidad del empresario como vicaria, puesto que, además, una solución de este tipo la acerca más a la prevista en el Código Penal. Y a partir de aquí, recobra todo su sentido el derecho de regreso, porque el principal no paga por una culpa propia, sino por una acción que se encuentra inserta dentro de la actividad empresarial que lleva a cabo. Así, el empresario sufre la posible insolvencia del agente causante material del daño o facilita la reclamación de la víctima, porque puede resultar difícil la identificación del concreto autor del daño, sobretodo en organizaciones muy complejas”.

Es por ello que, según esta línea doctrinal, se debe entender que el empresario hace frente a la indemnización, no como una deuda propia sino ajena, la del dependiente. Así, el empresario puede repetir la totalidad de la indemnización pagada a la víctima, pero su responsabilidad frente a ésta no es por culpa presunta *in vigilando* o *in eligendo* sino que es objetiva, es decir, responsabilidad vicaria en garantía de los hechos ilícitos de los empleados.

⁸⁵⁶ Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, cit., pp. 24 y 25.

En contra de que el principal pueda repercutir al auxiliar la totalidad de la indemnización, se encuentra De Ángel⁸⁵⁷, el cual entiende que lo lógico es que el empresario sólo pueda repercutir una parte y no todo a pesar de lo que pueda dar a entender el sentido literal del artículo 1904.I CC. Este autor argumenta que “si el empresario responde porque hubo culpa por su parte, no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo”. Efectivamente, esta es la teoría de la doctrina dominante⁸⁵⁸, la cual entiende que a pesar de que el artículo 1904.I CC habla de repetir lo que el principal “hubiese satisfecho” ello no significa que pueda repetir “todo” lo que se ha pagado, puesto que ello sería incompatible con el sistema de responsabilidad por culpa establecido en el propio artículo 1903.VI CC. Por consiguiente, el empresario podrá repetir la parte de la indemnización que sea imputable a la culpa del dependiente. Además, es claro que cuando no haya culpa del auxiliar y sí del empresario, una vez éste pague la deuda, no podrá repetir contra su dependiente porque el principal habrá pagado una deuda propia⁸⁵⁹.

Pese a la previsión legal, ya se apuntaba que los tribunales españoles conocen pocos litigios sobre acciones de regreso ejercitadas por principales contra sus auxiliares. De hecho, sólo ha llegado un caso en el Tribunal

⁸⁵⁷ De Ángel Yágüez, en “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, cit., p. 2035.

⁸⁵⁸ De Ángel Yagüez, *ídem*, p. 2035; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 356 y 357; Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, en José M^a Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 155 a 157 y Martín-Casals / Solé Feliu, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, cit., p. 2062. Jurisprudencialmente la ya mencionada SAP de Málaga de 31.1.2008 [AC 2008\1205].

⁸⁵⁹ Zelaya Etxegaray, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, cit., p. 35.

Supremo –que al menos haya localizado–, aunque el mismo no deriva directamente del artículo 1903.IV CC sino del artículo 120.4 CP. Se trata de la STS 26.10.2002 [RJ 2002\9183], que enjuicia una reclamación judicial basada en el ejercicio de la acción de repetición establecida en el artículo 1904 en relación con el artículo 1158 párrafo segundo, ambos del CC. La sociedad actora (Construcciones Jutoca, SA) había satisfecho en ejecución de una sentencia penal, como responsable civil subsidiaria, una indemnización de veinte millones de pesetas a razón del supuesto impago por parte de dos de sus empleados, que habían sido condenados civilmente como deudores principales en virtud de la responsabilidad penal, como autores solidarios de un delito de imprudencia con resultado de muerte. Aunque fueron dos los empleados condenados al pago de la indemnización, la sentencia penal no hizo atribución especial de cuotas. Al haber hecho efectiva la empresa esa suma, es por lo que ahora en vía de regreso reclama sólo a uno de sus trabajadores (el encargado) la mitad de esa cantidad –diez millones de pesetas–. Cabe mencionar que el otro empleado era el director además de socio mayoritario y gerente de la sociedad actora, de ahí que sólo se accionara la acción de repetición contra el empleado encargado.

El Tribunal de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda interpuesta por la constructora condenando al dependiente a que abonase la cantidad de diez millones de pesetas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación del empleado condenándole sólo a pagar la cantidad de quinientas mil pesetas. Parece que el fallo de la Audiencia aplica el principio de justicia material para obtener una solución más justa en relación a los hechos acaecidos en el caso, ya que la reducción de la cuantía es considerable, porque se pasa del 50 por 100 de culpa por cada empleado en Primera Instancia, al 5 por 100 para el encargado y el 95 por 100 para el gerente en la Audiencia. Ello es porque el propio empleador, codemandado penalmente, no irá contra sí mismo y parece que hay cierta mala fe por parte del principal en pedir los diez millones de indemnización al trabajador. Jurídicamente no hay nada que lo impida siendo del todo lícita su actuación, pero moralmente la actitud del principal deja mucho que

desear. Recurrida en casación por la actora, el Tribunal Supremo lo estima y casa la sentencia recurrida, la anula y mantiene la sentencia dictada en Primera Instancia.

En esta sentencia el empresario sólo repercutió la mitad de la indemnización satisfecha previamente y no la totalidad a uno de sus trabajadores, a pesar de lo que pueda dar a entender el sentido literal del art. 1904.I CC. Por lo que es claro que el empresario asume su parte de culpa en la producción del daño. Esta actitud está acorde con la tesis de la mayoría de la doctrina, referente a que si el empresario responde porque hubo culpa por su parte, no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo. La parte de culpa asumida por el empresario puede ser tan relevante como la del auxiliar, por lo que este hecho tiene claros efectos a la hora de establecer las respectivas cuotas internas de responsabilidad, o lo que es lo mismo, tiene efectos en la distribución interna de responsabilidades entre el principal y el auxiliar.

La peculiaridad de esta sentencia española, estriba en que uno de los trabajadores es el propio jefe de la empresa y, por consiguiente, principal. Si no hubiese habido culpa del otro trabajador (el encargado), sólo habría culpa del propio empresario, por lo que una vez pagada la deuda, no habría acción de regreso contra su dependiente al pagar una deuda propia. Por lo que es claro, que la acción de repetición recogida en el artículo 1904.I CC ha sido bien interpretada tanto por el Tribunal Supremo como por el de Instancia. Ahora bien, cabe apuntar respecto del único empleado demandado, que éste en vía de ejecución de sentencia, deberá hacer efectivo la totalidad del pago de la indemnización –diez millones de pesetas–, para posteriormente poder repetir contra el otro empleado coautor del daño y también condenado en vía penal, abriendo un nuevo procedimiento. Este hecho provoca que se vulnere el principio de economía procesal, ya que de accionarlo el dependiente, sería el tercer procedimiento sobre el mismo caso. No obstante,

se plantea una vía alternativa: entender que ambos responden de modo solidario, como recomiendan los PETL.

El propio Tribunal Penal en su sentencia decretó la responsabilidad solidaria entre ambos auxiliares, pero no determinó la cuota de responsabilidad de cada uno. Aun así, el mismo Código previene que si no se determina la misma, se ha de entender la solidaridad entre ambos, tal y como recoge literalmente el artículo 116.2 CP. Si es así, no cabría abrir un tercer procedimiento, ya que en vía de ejecución de sentencia, el trabajador demandado sólo debería pagar cinco millones de pesetas, es decir, la mitad de la indemnización decretada por la acción de repetición del artículo 1904.I CC, lo que armoniza con el artículo 542.1 LEC que pretende, precisamente, la aplicación del principio de economía procesal, al citar literalmente que:

“[L]as sentencias, laudos y otros títulos ejecutivos judiciales obtenidos sólo frente a uno o varios deudores solidarios no servirán de título ejecutivo frente a los deudores solidarios que no hubiesen sido parte en el proceso”.

3. Una propuesta de *lege ferenda*

De los argumentos expuestos anteriormente, en mi opinión se ha de considerar que el artículo 1904.I CC trata una responsabilidad vicaria donde el principal responde de manera objetiva frente el perjudicado, lo que conlleva a que no haya contradicciones con el artículo 1903.VI CC porque el empresario asume la obligación como consecuencia de su propia actividad empresarial. Así, se facilita a la víctima su reclamación, porque al actuar el principal como garante del auxiliar causante del daño, asume este dentro del riesgo de la empresa. Pero a diferencia de lo que apuntaba Roca Trías, el principal sólo repercutirá la parte de culpa o negligencia que haya tenido en la causación del daño su auxiliar. En consecuencia, y en palabras del profesor Solé Feliu⁸⁶⁰, “como las responsabilidades del principal y del auxiliar responden a fundamentos propios y autónomos de responsabilidad, también parece lógico que en la relación interna uno y otro sigan soportando la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de ellos y que, en consecuencia, el principal únicamente repita la parte que corresponde a la cuota de responsabilidad del auxiliar” y, por lo tanto, no repercuta al agente causante del daño por la totalidad de la indemnización pagada. De la misma opinión son, de un lado, los comentarios del artículo 9:102 PETL⁸⁶¹, cuando señalan que debe de primar el principio de autonomía entre la relación externa que vincula al principal con la víctima y la relación interna entre el principal y el auxiliar. De otro, la SAP de Islas Baleares de 5.10.2010 [AC 2010\1738], la cual cita que “[E]n las relaciones internas, que son en las que opera la acción del artículo 1904 CC, el actor debe probar los hechos

⁸⁶⁰ Solé Feliu, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, cit., pp. 45 y 46 y, también, Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514.

⁸⁶¹ Rogers, “Comentarios al Art. 9:102 PETL”, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, cit., núm. 7, p. 197.

constitutivos de su pretensión, entre los que se halla la culpa o negligencia del dependiente”⁸⁶².

En consecuencia, tal y como está configurado actualmente el régimen de la acción de regreso del artículo 1904.I CC, provoca unas distorsiones aún presentes entre éste y el artículo 1903.VI CC y que se deben de resolver para la obtención de una buena seguridad jurídica. Hoy el empresario que ha satisfecho la totalidad de la indemnización tiene, conforme al artículo 1904.I CC, una acción de repetición contra el dependiente. Si se sigue el criterio de la doctrina dominante en España, en la medida en que la responsabilidad del empresario es por culpa presunta, la acción debe entenderse limitada a aquella cuantía que corresponda una vez calculada la porción del daño atribuible al comportamiento culposo del dependiente⁸⁶³. Lógicamente, si en el proceso de responsabilidad civil se hubiera demandado al empresario y al dependiente, y ambos hubieran sido condenados solidariamente, aquel de los dos que pagara toda la indemnización tendría la acción de repetición frente al otro por la parte correspondiente, conforme a las reglas generales que regulan la solidaridad (Art. 1145 CC)⁸⁶⁴.

Ahora bien, si de *lege ferenda* se considerase el actual artículo 1904.I CC como responsabilidad vicaria, aparte de obtener la compatibilidad entre ambos artículos, permitiría un amplio margen a los tribunales a la hora de

⁸⁶² En este caso y con acierto, la SAP de Islas Baleares de 5.10.2010 [AC 2010\1738], no concedió la acción prevista en el artículo 1904.I CC al principal, Centro Dental SA, porque faltaba la culpa de la facultativa como hecho constitutivo de la pretensión actora, por lo que se desestimó el recurso de apelación. En términos similares, la SAP de Navarra de 15.9.2009 [JUR 2009\54381].

⁸⁶³ De Ángel, “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, cit., p. 2035 y Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 357.

⁸⁶⁴ Vide Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 351, quien opina que el art. 1145.2 CC será también la norma aplicable cuando se haya demandado y condenado únicamente al dependiente por el todo.

distribuir las responsabilidades internas, sin que la posible responsabilidad objetiva del principal impidiese una correcta distribución interna de éstas. Es decir, la responsabilidad objetiva no tiene que impedir que se tenga que evaluar tanto la culpa que pueda tener el principal, como la del auxiliar causante del daño, como otros factores que puedan ser relevantes en la causación del daño.

Con acierto, los PETL son partidarios de que respondan el principal y el auxiliar de manera solidaria ante la víctima sin que el primero recupere totalmente la indemnización del auxiliar. A su vez, señalan que no debe excluirse automáticamente la acción de regreso cuando el auxiliar haya actuado dolosamente o con culpa grave. Por lo que solo se permitiría su exclusión cuando hubiera una actuación de culpa simple en el auxiliar. Es decir, me parece bien que si el daño se ha producido sin la intención dolosa del auxiliar, y aun y tomando la diligencia suficiente se produce el daño a la víctima, el principal no pueda repetir contra éste, porque ha fallado la supervisión y/o el control del empresario hacia su dependiente. Ahora bien, cuando el trabajador haya actuado dolosamente o con negligencia grave en su conducta, es claro que debe accionarse automáticamente la acción de regreso. No obstante, si hace efectiva la totalidad de la indemnización en estos casos, podrá repetir contra el trabajador por el todo⁸⁶⁵, porque el principal habrá pagado por un hecho que escapa de su control.

⁸⁶⁵ Es de la misma opinión, Van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 513, el cual opina que un empleado corre el riesgo importante de causar daños en el desempeño de sus funciones. Esto podría tener consecuencias desastrosas, por lo que sólo puede justificarse si el empleado actuó con dolo o negligencia grave, o si tiene un seguro de responsabilidad civil que lo cubra. Por consiguiente, el equilibrio más adecuado sería que el empleado sólo fuera responsable y el empleador sólo tuviera el derecho de regreso, cuando el empleado actuase con dolo o negligencia grave.

Conclusiones

PRIMERA.- Todos los sistemas jurídicos contienen regímenes especiales de responsabilidad del empleador por los daños causados por sus empleados. Estas reglas datan principalmente del siglo XIX y principios del siglo XX. A pesar de los cambios importantes de las actividades comerciales e industriales en la forma en la que están organizadas, estas reglas de responsabilidad apenas han cambiado y, no siempre, parecen ser lo suficientemente flexibles para hacer frente a los problemas actuales.

El artículo 1903 CC establece una responsabilidad por los actos de los demás por culpa con inversión de la carga de la prueba, ya sea «in eligendo» ya «in vigilando» de la que no le exonera más que la demostración de que ha procedido con la diligencia de un buen empresario, idea que se expresa claramente en su párrafo sexto. Ya a mediados del siglo XX, la doctrina civilista opinaba que en la esfera del derecho civil, el sistema objetivo es contrario a las intenciones y concepciones de los redactores del Código. No obstante, al establecer nuestra ley civil, en ciertos casos, presunciones de culpa (que a veces ni siquiera admiten prueba en contrario), llega a resultados análogos a los del sistema objetivo. Es decir, se estiman artificiosas las presunciones de culpa del artículo 1903. Por ello, se considera que esta responsabilidad de los empresarios, basada en presunciones de culpa, nunca desvirtuadas, es más bien una responsabilidad objetiva propiamente dicha.

Por lo que es claro que se vierte sobre el empresario la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en dicho último párrafo del artículo 1903 CC, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en

no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad. Por lo que, aun y la evidente diferencia entre el complejo tramado empresarial actual con el de los inicios del Código Civil, el problema aquí es, como se ha visto, que el conocimiento de estas disposiciones por parte de los tribunales españoles y su interpretación es de difícil conciliación con el redactado del Código Civil actual.

SEGUNDA.- Ciertamente el artículo 1903.IV del CC establece el régimen tradicional de responsabilidad por culpa presunta del principal pero que no es coherente con la realidad empresarial actual. El precepto presume que el empresario tiene que controlar en todo momento la actividad de sus empleados para que no se produzca lesión en sus derechos. Ya se ha demostrado que en determinados ámbitos en los que se causa un daño, como por ejemplo, cuando lo causa un trabajador altamente cualificado o en accidentes laborales, por más que el artículo 1903.IV CC profese una responsabilidad por culpa, la misma será tratada en la práctica por nuestros tribunales, como responsabilidad vicaria a través de la aplicación de otros instrumentos jurídicos, como por ejemplo, usando el concepto amplio de dependencia, recomendando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia requerida al principal, lo que hace patente las dolencias que sufre este artículo. No cabe duda que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual del principal, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir el daño y sin excluir, en todo caso, y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa.

En efecto, fundamentar la responsabilidad del empresario sólo en su propia culpa, no ha sido aceptado por la jurisprudencia española, como tampoco dejarle exonerar a través del artículo 1903.VI CC. Por lo que, ante una posible regulación futura sobre la materia, no podemos obviar que la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos aplican una responsabilidad vicaria al principal. Parte del motivo es que el modelo tradicional de culpa

presunta del empresario, en ocasiones, es del todo insuficiente. El posterior y radical cambio industrial actual ha reconvertido a las empresas y, en consecuencia la mayoría de las organizaciones empresariales actuales son complejas y anónimas, de manera que el centro de atención se traslada de la conducta individual a la actividad organizativa. Esto es así porque el empresario individual ha perdido peso frente la aparición de estas grandes organizaciones empresariales. La relación entre el empresario y sus auxiliares carece ya de ese carácter personal y directo, lo que obviamente hace difícil el cálculo de la responsabilidad del principal en términos de la clásica regla de culpa presunta del principal, tal y como hace aún el artículo 1903.IV CC.

Por ello, parece más recomendable optar por un régimen de responsabilidad vicaria, es decir, responsabilidad que prescinde de la culpa del empresario pero que requiere la culpa del dependiente, en los casos en que el régimen culpabilístico no funcione. Esta idea se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español de tender a “objetivar” este régimen de responsabilidad al exigir la prueba del agotamiento de todas las medidas de diligencia exigibles para evitar el daño y que el principal, a día de hoy, no ha podido complacer, porque aun y ser real el cambio jurisprudencial respecto a esta “objetivación” de la responsabilidad por la tradicional de la culpa, cambio que viene marcado por unas recientes sentencias en las que el propio Tribunal cita textualmente que “[E]l hecho de que se hubiera producido un resultado dañoso no determina necesariamente que se deba responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes pues tal conclusión, sin matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los arts. 1902 y 1903 CC que es responsabilidad por culpa”, no lo es menos que a día de hoy no existe sentencia alguna en la que el principal se haya podido exonerar.

En consecuencia, el empresario está mejor situado que los trabajadores para soportar y controlar los riesgos asociados a su actividad,

así como de hacer frente a las posibles indemnizaciones derivadas de los daños causados por sus empleados, distribuyendo socialmente los costes del daño dentro del mercado, ya sea a través del sistema de precios ya sea a través del seguro de responsabilidad civil. Por lo que, seguir manteniendo en nuestro contexto económico y empresarial actual un presunto deber de supervisar y vigilar individualmente la actuación de todos sus dependientes, se hace difícil por no decir imposible, tal y como en la práctica ya muestra nuestra jurisprudencia. De ahí, nace la necesidad de que *lege lata* se convierta la responsabilidad del empresario en vicaria o bien, los tribunales apliquen el art. 1903.VI CC acorde con el criterio que “postula”.

TERCERA.- La relación de dependencia, determina que para su existencia no es necesaria una relación contractual entre el principal y el dependiente, sino que el nacimiento de la responsabilidad del principal a raíz de la actividad culposa de su auxiliar, trasciende del ámbito estrictamente comercial o empresarial, extendiéndose a los supuestos de dependencia o subordinación entendidos en sentido amplio, tal y como sucede, por ejemplo, en los casos de voluntarios o de amigos, vecinos o parientes que se prestan de modo ocasional servicios no remunerados. No es de extrañar que los PETL utilicen el término auxiliar, más amplio que el concepto literal de dependiente de nuestro Código Civil, ya que esta terminología permite acoger, sin ningún óbice y bajo el paraguas de la responsabilidad por hecho ajeno del principal, no sólo a los trabajadores laborales, sino también a cualquier persona en situación de subordinación y dependencia que causa un daño, lo que beneficia poder indemnizar a las víctimas que lo han sufrido.

La dependencia es, por consiguiente, de naturaleza jurídica y no económica y es indiferente que sea gratuita o remunerada, directa o indirecta, duradera u ocasional. Por consiguiente, si la responsabilidad del principal no depende del tipo de relación contractual que lo une con el auxiliar, sino de la obligación de seguir instrucciones que pesen sobre éste, es claro que las personas obligadas a acatar instrucciones de otra –pudiendo

ser clasificadas como principal por su obligación de impartirlas–, pueden ser consideradas como sus auxiliares. Lo importante es que exista un vínculo de subordinación suficiente entre ambas partes, por lo que será indicativo de la existencia de dependencia, el sometimiento del auxiliar a las instrucciones del principal o la facultad de éste de delimitar el alcance y duración de la actuación de aquél o el poder de control y de supervisión que el principal pueda reservarse.

No cabe duda, pues, que actualmente se da al término dependencia del art. 1903.IV CC una gran amplitud, por lo que los requisitos de dependencia de este precepto van más allá de la subordinación laboral, a la que comprende y excede.

CUARTA.- Se plantea si existe dependencia en supuestos más complejos como, por ejemplo, en el caso que la relación tenga su origen en un contrato de obra o de servicios, o que el daño producido provenga de una esfera de actuación técnica del dependiente que escape al poder del empresario, o del contrato de mandato, o de las prestaciones de cortesía.

En referencia a si existe la relación de dependencia en un contrato de servicios y, en especial, en un contrato de obra, en aras a determinar si el comitente debe responder civilmente cuando contrata a una empresa, que a su vez puede subcontratar a otra, y causa un daño a terceros, tanto la doctrina como la jurisprudencia de forma unánime declaran que sólo debe responder éste cuando efectivamente se haya reservado la dirección, control, intervención o vigilancia en la actividad desplegada por otro, ya sea directamente o a través de la designación de un auxiliar que controle la obra o las normas de seguridad e higiene en el trabajo (p.ej. aparejador, director de la obra, etc.). Si es así, es claro que se dará el elemento esencial para apreciar la relación de dependencia determinante de la responsabilidad civil del comitente. La base o fundamento se encuentra en que no cabe limitar la operativa de la responsabilidad por hecho ajeno sólo a los casos en que haya

una relación de carácter laboral, o de jerarquía o subordinación, ya que puede tener lugar en el ámbito de relaciones arrendaticias o de otros tipos contractuales o de hecho. Y lo mismo ocurre con el contrato de servicios, ya que siempre que el auxiliar se encuentre obligado a seguir las directrices o instrucciones del principal, se apreciará la relación de dependencia determinante de la responsabilidad entre las dos partes, siempre y cuando se den los otros presupuestos del art. 1903.IV CC. Por consiguiente, no existirá una relación de dependencia en ambos contratos, cuando el auxiliar sea un contratista independiente por faltar entre ambas partes el requisito esencial para aplicar la norma que la responsabilidad tipificada en el párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil requiere como presupuesto indispensable: una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada.

En referencia a los dependientes de alta cualificación técnica, el problema estriba en determinar si existe esta relación cuando el daño producido proviene de esa esfera de actuación técnica no controlable por el empresario. Doctrinalmente confluyen dos posiciones enfrentadas, de un lado, los autores que consideran que no existe responsabilidad por hecho ajeno y sí responsabilidad por hecho propio del trabajador cuando el daño proviene de la realización de una actividad en la que existe independencia desde el punto de vista técnico. Por lo que en estos casos no tiene cabida una vigilancia férrea e ininterrumpida de cada uno de los empleados, impropia de lo que debe considerarse razonable entre trabajadores cualificados y experimentados. De otro, los autores que entienden que la norma que declara la responsabilidad por hecho ajeno sea aplicable a toda situación, sin hacer ninguna excepción al control de la esfera técnica de su actividad. Este es el razonamiento, en principio, por el que opta la jurisprudencia española ante tal dilema. Para ella, la alta cualificación técnica no es óbice para determinar que sí existe responsabilidad civil del empresario a pesar de que los mismos actúen en su trabajo con gran discrecionalidad y conforme a su saber profesional, por encontrarse integrados en la organización empresarial y sujetos a su poder de dirección.

En efecto, estos profesionales al quedar subordinados a las instrucciones dadas por su principal, hacen nacer un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que le han sido encargadas. Así mismo, el hecho de que la dependencia pueda ser aplicada a cualquier relación jurídica o de hecho, hace posible la aplicación de la responsabilidad civil al empresario que se sirve de estos técnicos. No obstante, tal y como refleja la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, los dos frentes doctrinales siguen abiertos, ya que la misma es dubitativa. Por lo que una posible solución que concuerda con el sentido amplio que da nuestra jurisprudencia a la relación de dependencia, sería aplicar la responsabilidad vicaria en estos supuestos, solucionando los problemas del principal de culpa *in vigilando* e *in eligendo* hacia el auxiliar altamente cualificado y, de otro, proporcionaría a la víctima otro sujeto más solvente. Pero es claro que para que esto suceda es necesario un cambio de régimen del actual artículo 1903.IV CC que es de responsabilidad subjetiva y que no da una solución óptima. No obstante, mientras esto no suceda, se tendrá que estar caso por caso y optar, o bien por la tesis de que sólo responda el auxiliar por el art. 1902 CC, siempre y cuando no exista ningún vínculo de subordinación con el principal, o bien, si este existiera por la impartición de órdenes e instrucciones dadas al auxiliar, aplicar la responsabilidad por hecho ajeno ex artículo 1903.IV CC.

Referente a las prestaciones de cortesía, el Tribunal Supremo en la única sentencia que he encontrado sobre el tema, abandona la inclusión de las relaciones de buena vecindad en general dentro de la responsabilidad civil y también de la responsabilidad contractual. Sin embargo, aún hoy, algunas Audiencias Provinciales aplican la doctrina jurisprudencial de finales de los años setenta y principio de los ochenta y aplican a las situaciones de encargos familiares, situaciones de amistad, relaciones de favor, etc., la responsabilidad aquiliana, acogiéndose a la amplitud que se da al concepto de dependencia. La falta de remuneración en estos casos debe de representar un límite a esta responsabilidad y sólo deberá existir en las prestaciones o servicios que se realicen dentro del marco de las relaciones contractuales o,

como mínimo, en las cuasi contractuales, quedando excluidos los actos amistosos, personales, etc., que se prestan las personas en la vida diaria. Nada más lejos del buen criterio que aplica tanto el Tribunal Supremo como la mayoría de la doctrina española, al inclinarse a favor del carácter taxativo de los supuestos mencionados en el art. 1903 CC que, por consiguiente, no admiten ningún tipo de ampliación, por lo que no quedan incluidos en el párrafo 4º del art. 1903 las relaciones de favores personales, amistosos o espontáneos o el supuesto del comodato o cualquier cesión gratuita o temporal de un automóvil o su utilización, siempre y cuando no exista ningún tipo de instrucción por parte del principal. De lo contrario, se crearía una interpretación torcida del concepto de dependencia cuando derivase de estas situaciones, por lo que las mismas no deberían de tener cabida en la responsabilidad civil del art. 1903.IV CC como tampoco la tienen dentro del Derecho laboral.

QUINTA.- Referente a los trabajadores cedidos entre empresas, en derecho comparado se encuentran tres teorías diferentes. La que hace responder directamente al empresario cedente, aunque no tenga el efectivo control sobre su auxiliar. La segunda que hace recaer siempre la responsabilidad por hecho ajeno a la empresa cesionaria, independientemente que retenga o no el control de dirección sobre el auxiliar cedido. Y la tercera, que es el criterio que utiliza el Tribunal Supremo, que hace responder civilmente al empresario cedente o al cesionario o a ambos a la vez de manera solidaria, en atención a quién tiene el poder real y efectivo sobre el auxiliar cedido en el momento que causa el daño. La razón estriba en que nuestro sistema parte de la interpretación amplia y flexible del vínculo de dependencia, por lo que lo importante para el Alto Tribunal es que el auxiliar mientras se encuentra cedido actúe bajo la dirección, supervisión o control de quien deba responder y, no establecer ningún tipo de criterio o factor, tal y como hacen los ordenamientos del *common law*, que les lleva en gran medida a hacer responder civilmente de manera equívoca al empresario que no ejerce ningún tipo de control sobre su auxiliar.

SEXTA.- En referencia al caso del contratista independiente, es claro que la responsabilidad del comitente y de acuerdo con la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, rige la regla general de que no hay responsabilidad por hecho ajeno en el comitente por los daños causados por un contratista independiente, a menos, claro esté, que entre el principal y el contratista medie una relación de subordinación o dependencia por el hecho de reservarse el primero facultades de dirección, vigilancia e inspección de las obras. La relación que media entre el comitente y el contratista independiente no es de subordinación, sino de igualdad, porque cuando el contratista cumple el encargo o gestión encomendada toma sus propias decisiones y actúa de manera autónoma, de acuerdo con su propio criterio. Y cuando no es así, deja de ser independiente.

Cuestión distinta es que el comitente pueda acabar respondiendo con base en otros fundamentos, como por ejemplo los llamados “deberes no delegables” (*non-delegable duties*), que surgen cuando se considera que el comitente ha de soportar los riesgos que derivan de determinadas situaciones o actividades sin que pueda exonerarse de ellos por el hecho de haber designado un contratista independiente o probado que éste ha sido seleccionado de modo diligente. O bien cuando se demuestra la negligencia del comitente en la selección de los contratistas independientes, o cuando se demuestra el incumplimiento de ciertos deberes residuales de vigilancia general que recaen sobre el comitente, que no tienen que ver con la relación de dependencia del art. 1903 CC sino con la infracción de diligencia del art. 1902 CC.

SÉPTIMA.- En la actuación del auxiliar dentro del ámbito de las funciones encomendadas, tercer presupuesto que debe concurrir para apreciar la responsabilidad *ex art. 1903.IV CC*, lo difícil del caso es determinar la relación que puede existir entre el hecho ilícito cometido por el auxiliar y las tareas que el principal le ha encomendado. Si el principal se quiere exonerar de responsabilidad civil deberá demostrar que el daño se infiere con total independencia de las tareas asignadas, no siendo suficiente

que se produzca una extralimitación temporal o una variación de la actividad encomendada. Es decir, el Tribunal Supremo español entiende este criterio de manera laxa, ya que es suficiente para considerar responsable al principal que el daño se haya causado “con ocasión” de las funciones o servicios encomendados, aunque el dependiente se haya extralimitado temporalmente en sus funciones o realice actividades accesorias a las encomendadas, siempre que su actuación se relacione de algún modo con la actividad principal. Por lo que bastan aquellas actuaciones de los trabajadores que presenten una conexión preliminar o accesorias con la actividad de la empresa. Es claro que la solución para determinar la responsabilidad civil del principal estriba en analizar el contexto de las tareas asignadas al auxiliar y valorar si pudo contribuir a incrementar la posibilidad o el riesgo de que se causara el daño o se cometiera el delito. Si la respuesta es negativa, la tarea encomendada al auxiliar no será una consecuencia de la actividad del principal, por lo que no se podrá imputar al principal el daño que derive de esta conducta ilícita.

En referencia a si responde el principal cuando el dependiente actúa fuera del lugar y de las horas de trabajo y en los casos en que se produzca una variación en la ejecución del servicio encomendado, la responsabilidad ha de conectarse tanto con el servicio asignado al autor directo del daño, como en la conducta negligente del empleado la cual debe producirse en el ámbito propio de la actividad empresarial, quedando fuera de la misma los supuestos en que los comportamientos o conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado. Por lo que quedan fuera de la actividad empresarial, los comportamientos del agente que se realicen al margen del ámbito de organización, de decisión y de control de la empresa, y con absoluta desconexión con sus actividades o funciones encomendadas al dependiente. Añadir que el principal tampoco responderá en los casos en

que el dependiente actúe dentro del lugar de trabajo pero fuera de su horario laboral.

Cuando el auxiliar incumple las órdenes del principal, el Tribunal Supremo da una interpretación extensiva a este requisito, ya que entiende que las meras instrucciones, órdenes o prohibiciones generales dadas por el empresario a sus dependientes no les eximen de responsabilidad civil frente a terceros, al no tratarse de actividades abiertas y específicamente prohibidas. Pero, si el empresario ha sido diligente y la actuación del dependiente queda al margen de la actividad empresarial, este último no deberá responder civilmente ante la víctima. Es decir, el principal se exonera cuando quien actúa lo hace al margen del control de la empresa o de su condición de empleado.

Si se trata del daño causado dolosamente por parte del auxiliar, la regla general acorde tanto la doctrina como la jurisprudencia española y extranjera es que no se puede excluir la responsabilidad civil del empresario cuando el hecho dañoso ha sido cometido por la conducta intencional o constitutiva de delito o falta por parte del auxiliar. Sólo podrá exonerarse de responsabilidad cuando el dependiente actúe en su exclusivo beneficio o interés personal aunque su trabajo, función o encargo le den la ocasión, la oportunidad o la posibilidad de cometer el acto ilícito.

OCTAVA.- La doctrina de la apariencia consiste en que responde el principal ante las víctimas por el daño causado por un auxiliar o un tercero que crea de manera fraudulenta la falsa apariencia de que actúa en ejercicio de las funciones encomendadas por el principal y, de modo esencial, terceros de buena fe confían en esta apariencia. Para aplicar la teoría de la apariencia, es jurisprudencia española, que es necesaria la previa relación comercial entre el empresario y la víctima que ayude a crear esa apariencia de legitimidad, complementada con la buena fe de la víctima. De este modo, la responsabilidad del principal se hace depender, no sólo de la propia

conducta del auxiliar o tercero, sino también del conocimiento que la víctima haya podido tener del abuso o la extralimitación del auxiliar, ya que si la misma existe no deberá responder civilmente el principal. Y viceversa, si la víctima demuestra que en ella había buena fe, sí que se le atribuye responsabilidad al principal.

Es común que se use esta doctrina en casos de daños causados a clientes por parte de empleados bancarios que abusan de sus funciones o de empleados de compañías aseguradoras, de las cuales destacan los daños derivados de delitos de falsificación documental, apropiación de fondos que pertenecen a los clientes o comisión de estafas para destinar el dinero de los clientes a finalidades particulares. Precisamente, porque en la mayoría de los casos, el auxiliar actuará dolosamente, creo necesario que la apariencia en base al artículo 1903.IV CC debe ser tratada como un indicio de culpa presunta real del principal. Esto está en consonancia con el propio Código penal español el cual prevé en su artículo 120.4, que si el auxiliar actúa con dolo la responsabilidad del principal ante la insolvencia del autor del delito es subsidiaria. En efecto, partiendo de la base de que en nuestro derecho la doctrina de la apariencia nace de la propia conducta del auxiliar al crear la confianza al tercero de que actúa en las funciones encomendadas por el principal, entiendo coherente que responda éste último de modo subsidiario. Mientras que el artículo 1903.IV CC hace responder de modo directo al principal, aunque no haya creado éste directamente esa apariencia en el tercero. Por lo que cuando el auxiliar no actúe dolosamente, veo aconsejable aplicar una responsabilidad vicaria al principal, ya que si el auxiliar pensaba que podía realizar una actividad determinada aunque realmente no tenía dicha facultad, no deja de realizar la función o el encargo que le ha sido asignado por el principal.

NOVENA.- Hay que determinar, también, si la jurisprudencia civil española a la hora de aplicar e interpretar el artículo 1903.IV CC, sigue exigiendo o no la culpa del auxiliar como requisito de la responsabilidad civil del empresario, ya por culpa *in operando* o ya *in omittiendo* del agente

directo del daño como factor de imputación de la responsabilidad del empresario. Para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española, así como la extranjera exigen que, para imponer la responsabilidad al principal el dependiente ha de incurrir en culpa *in operando* o *in omittiendo*. Aunque la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903.IV CC se fundamente en su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo*, no parece que por tal motivo haya de excluirse la necesidad de la conducta culpable del dependiente la cual es una premisa indispensable, en palabras del propio Tribunal Supremo. Por ello, es necesario que la víctima pruebe que la conducta del dependiente es culpable. No obstante, hay doctrina minoritaria que cuestiona esta necesidad de culpa en el dependiente. Las razones son varias, de las que pueden destacarse que, el Tribunal Supremo no exige que se demande y condene previamente al auxiliar o incluso admite la condena del empresario aunque el demandante no haya logrado identificar al causante directo del daño. Pese a ello, no hay que obviar que la existencia de culpa tiene, en principio, dos vertientes diferenciadas: si hay culpa del dependiente, se admitirá la responsabilidad del empresario por hecho ajeno, pero cuando la misma no se acredite servirá para absolverle. Es decir, si el principal demuestra que el auxiliar ha cumplido con el estándar de conducta exigible, la víctima ya no podrá pedir ninguna compensación de acuerdo con este artículo.

En referencia a si cabe identificar el concreto auxiliar que ha causado el daño, es claro que para la víctima no tener que identificarlo le reporta un claro beneficio: les es más fácil resarcirse del daño sufrido. Pero, respecto del principal, este hecho provoca que se deba plantear la necesidad de mantener o no el régimen de responsabilidad por culpa del auxiliar, como establece el texto actual del art. 1903 CC. La razón, por una parte de la doctrina, porque hay que saber qué concreto dependiente ha causado el daño para poder atribuir la culpa al empresario y no que responda éste directamente. No obstante, la tendencia de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia española es la de no tener que identificar al concreto dependiente lo que, en ocasiones, acerca cada vez más esta tendencia hacia una interpretación más objetivada de la culpa del principal o también a la

aplicación de la teoría de la responsabilidad por riesgo empresarial. Por lo que la falta de identificación del agente causante del daño, no sirve de fundamento a ninguna tesis exculpatoria, ya que el artículo 1903 CC no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización del responsable dependiente. Como señala la jurisprudencia española, “su aplicación deviene, también insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y, según las reglas de la experiencia, cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”. En conclusión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español admite la responsabilidad del empresario en supuestos en los que ni siquiera se ha logrado identificar al causante directo del daño, presumiendo la culpa del dependiente desconocido, que obtiene de las circunstancias en las que se ha producido el daño, o que deduce de la pertenencia del responsable a la organización empresarial, en aras de poder beneficiar a la víctima.

En referencia a si cabe demandar conjuntamente al principal y al auxiliar, la respuesta es que no es necesario que el perjudicado deba demandar también al auxiliar para obtener la responsabilidad del principal sin perjuicio de las posibles reclamaciones internas entre ellos. El fundamento radica en que la jurisprudencia española admite que se trata de una responsabilidad directa del principal pero requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente. Pero nada obsta para que la víctima demande a ambas partes. Si así lo hace, se ejercitará la acción por el artículo 1902 CC contra el dependiente y la del artículo 1903.IV CC contra el empresario. Por consiguiente, la víctima tiene a su disposición diversas opciones que le

permiten, bien demandar exclusivamente al principal, bien demandar directamente al auxiliar, o bien ejercitar una demanda conjunta contra ambos para obtener su responsabilidad solidaria. El hecho de poder demandar directamente al auxiliar conlleva a no declarar su inmunidad excepto en determinados casos, como por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en relación con los actos dañosos del personal a su servicio, en donde se canaliza la responsabilidad exclusivamente a través del principal y se veda la posibilidad de dirigirse contra el auxiliar. Por lo que, hacer que responda este civilmente es una cuestión en la que coincide la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. El argumento de fondo es que el objetivo prioritario de un régimen de responsabilidad del principal (ya sea vicaria o por culpa presunta) no es tanto proteger al auxiliar, sino a las víctimas del daño, a quienes se quiere favorecer mediante una ampliación del círculo de potenciales responsables.

DÉCIMA.- La décima conclusión se refiere al régimen jurídico de la acción de regreso del artículo 1904.I del Código Civil cuyo tenor literal señala que “[E]l que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho”. Cuando el principal ha satisfecho la indemnización, la mayoría de ordenamientos jurídicos admiten la posibilidad de que éste ejercite una acción de regreso contra el auxiliar causante del daño. El objetivo, recuperar aquella parte de la indemnización pagada imputada al auxiliar. Pese a la previsión legal, hay pocos litigios sobre acciones de regreso ejercitadas por principales contra sus auxiliares, las razones pueden ser varias: la habitual insolvencia de los dependientes o las posibles malas relaciones que se podrían crear en el seno de la empresa si el principal ejerciera este derecho. De ahí que determinar el fundamento de esta acción sea más un problema doctrinal, seguramente por esa escasez de aplicación práctica.

La problemática surge, precisamente, por el tenor literal del art. 1904.I CC el cual permite al empresario repercutir “lo que hubiese

satisfecho” contra el empleado o empleados que han causado el daño. Es claro que si el empresario repite todo lo que ha satisfecho, acabará no respondiendo, por lo que no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo. Por lo que, siguiendo el criterio de la doctrina dominante en España, en la medida en que la responsabilidad del empresario es por culpa (presunta), la acción debe entenderse limitada a aquella cuantía que corresponda una vez calculada la porción del daño atribuible al comportamiento culposo del dependiente. Lógicamente, si en el proceso de responsabilidad civil se hubiera demandado al empresario y al dependiente, y ambos hubieran sido condenados solidariamente, aquel de los dos que pague toda la indemnización tendrá la acción de repetición frente al otro por la parte correspondiente, conforme a las reglas generales que regulan la solidaridad (art. 1145 CC). Es decir, se tendrá en cuenta –ya en la relación interna– el respectivo grado de culpa de cada uno de ellos. Ahora bien cabe, a mi modo de parecer, ir más allá y distinguir entre si el daño se ha producido con o sin la intención dolosa del auxiliar. Si no ha habido tal intención dolosa, el principal no debería repetir contra éste, porque ha fallado la supervisión y/o el control del empresario hacia su dependiente. Ahora bien, cuando el trabajador haya actuado dolosamente o con negligencia grave, es claro que debe accionarse automáticamente la acción de regreso. Por lo que, si hace efectiva la totalidad de la indemnización en estos casos, podrá repetir contra el trabajador por el todo, porque el principal habrá pagado por un hecho que escapa de su control. Por consiguiente, el equilibrio más adecuado sería que el auxiliar sólo fuera responsable y el principal sólo tuviera el derecho de regreso, cuando el empleado actuase con dolo o negligencia grave.

CONCLUSIÓN FINAL.- Ya a principios del Siglo XX se presentaba una de las importantes problemáticas de las que aún hoy se hace eco la jurisprudencia, cuando quien causa un daño es un dependiente que tiene a un empresario detrás muy solvente. De un lado, se aplica lo que la legislación dicta, hasta aquí nada que objetar, pero seguidamente, ante la

necesidad de tener que resarcir a la víctima que ha sufrido el daño y al que su autor directo no puede hacerle frente, se termina por objetivar la responsabilidad del empresario, aunque haya sido diligente, en base, por ejemplo, a que obtiene un beneficio del trabajo realizado por su empleado. He aquí uno de los principales problemas que presenta el artículo 1903 CC entre su párrafo cuarto y sexto. En el Derecho español, que la culpa ya está presunta en la ley, la objetivación está todavía más pronunciada. Por lo que se produce una cierta contradicción entre la jurisprudencia y la legislación, o si se prefiere, una interpretación jurisprudencial que a veces no concuerda con la letra de la ley. Pero no es el único ordenamiento jurídico que tiene esta problemática, sino que sucede en la mayoría de ordenamientos que tienen una responsabilidad presunta del empresario, como por ejemplo, el ordenamiento alemán. Por consiguiente, poder estudiar otros regímenes jurídicos así como su jurisprudencia, ha sido vital para poder comparar e intentar aportar nuevas visiones de un problema que se presenta casi desde la creación del precepto. Pero como se ha podido comprobar, no en todos los ámbitos estaba mal pensada una responsabilidad civil por culpa presunta, ya que como ha reflejado esta tesis doctoral, en los casos que hay un actuar doloso e intencionado del auxiliar, este tipo de responsabilidad permite al principal su exoneración, mientras que en los regímenes de responsabilidad objetiva del principal, como el francés o el inglés, éste debe responder siempre ante la víctima sin poder recuperar parte de la indemnización.

De todo lo expuesto hasta aquí, tanto doctrinalmente como jurisprudencialmente, parece clara la necesidad imperante de que se rectifique esta responsabilidad, y a mi parecer, lo mejor sería que se tratase de una responsabilidad vicaria, en la que deba de responder el principal cuando haya mediado culpa del auxiliar, agente directo del daño, y que responda éste como garante de estos hechos y actividades causadas por sus auxiliares. Aunque la tendencia última del Tribunal Supremo es la de recalcar una y otra vez que este precepto es por culpa presunta del empresario, no se puede obviar que el mismo, en sus resoluciones judiciales, utiliza el mecanismo de la elevación de la diligencia para lograr que

responda el empresario y a su vez, consigue no forzar el texto del artículo 1903.VI CC no deviniendo, así, una interpretación *contra legem* del mismo. Pero con el resultado inevitable de que esta responsabilidad finalmente deviene realmente objetiva para el empresario.

Además, y en palabras del propio Tribunal Supremo, en el fondo y forma la culpa del empresario está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello es debido a dos datos remarcables como son, de un lado, tener un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, de otro, tender a maximizar la cobertura en lo posible de las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría culpabilista; y en el campo procesal, la introducción de la inversión de la carga de la prueba. Pero es más, dicha atenuación culpabilista y de inversión de la carga probatoria, lleva inexorablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un “plus” en la diligencia normalmente exigible al principal.

Todos estos argumentos refuerzan la idea de que si esta responsabilidad fuera vicaria –como lo es en varios ordenamientos jurídicos de nuestro entorno–, ya no cabría elevar de tal manera el nivel de diligencia exigible, que admite sólo su exoneración cuando falta alguno de los presupuestos indispensables del precepto, tales como la falta de relación de dependencia, la existencia de una extralimitación en la actuación del auxiliar o la falta de su culpa, sino que este tipo de responsabilidad se adecuaría a la realidad actual, ya que respondería el principal por los hechos culposos de sus auxiliares prescindiendo de toda exoneración del mismo, salvando el redactado del art. 1903.VI CC, y pudiendo las víctimas resarcir sus daños ante el más solvente, el principal.

De ahí que mi propuesta, como la de otros autores, es que de *lege lata* se reconsidere esta responsabilidad y, a ser posible, que la misma se convierta en una responsabilidad vicaria para el principal acorde tanto con la responsabilidad del art. 120.4 del Código Penal, como a su vez, de los demás ordenamientos jurídicos europeos, y acorde también con la acción de repetición recogida en el art. 1904.I CC.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Supremo

A) SALA DE LO CIVIL

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
STS, 14.3.2013	1ª, [RJ 2013\2422]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	194
STS, 24.5.2012	1ª, [RJ 2012\6539]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	194
STS, 27.2.2012	1ª, [RJ 2012\4051]	Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	201
STS, 23.1.2012	1ª, [RJ 2012\179]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	201
STS, 16.1.2012	1ª, [RJ 2012\1784]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	194, 216
STS, 27.12.2011	1ª, [RJ 2012\167]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	267
STS, 20.10.2011	1ª, [RJ 2012\424]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	33, 48
STS, 20.4.2011	1ª, [RJ 2011\3596]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	163
STS, 11.4.2011	1ª, [RJ 2011\3447]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	80
STS, 14.3.2011	1ª, [RJ 2011\2771]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	80
STS, 17.11.2010	1ª, [RJ 2010\9161]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	55, 58, 91, 103

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 4.11.2010	1ª, [R] 2010\7988]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	156, 164, 193, 197, 198, 280
STS, 23.6.2010	1ª, [R] 2010\4904]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	186, 205, 266, 364, 384
STS, 1ª, 1.6.2010	[R] 2010\2659]	Sr. Jesús Corbal Fernández	123, 126, 146, 156, 159, 161, 188, 218, 286
STS, 14.5.2010	1ª, [R] 2010\3494]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	65, 74, 94, 99, 123, 156-7, 161, 211, 213, 217 a 219, 224, 286, 306, 329
STS, 1ª, 9.3.2010	[R] 2010\3787]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	100
STS, 1ª, 5.1.2010	[R] 2010\6]	Sr. Francisco Marín Castán	112-3,
STS, 24.9.2009	1ª, [R] 2009\7254]	Sra. Encarnación Roca Trías	161
STS, 1ª, 4.6.2009	[R] 2009\3380]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	194-5, 210, 216, 350
STS, 1ª, 6.5.2009	[R] 2009\2914]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	46, 123, 161, 209, 218, 310, 326
STS, 17.3.2009	1ª, [R] 2009\1990]	Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	161, 157
STS, 1ª, 6.2.2009	[R] 2009\1369]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	62, 65, 99, 209
STS, 23.1.2009	1ª, [R] 2009\1271]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	279
STS, 21.11.2008	1ª, [R] 2009\144]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	64, 91,
STS, 19.11.2008	1ª, [R] 2009\6931]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	80
STS, 1.10.2008	1ª, [R] 2009\134]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	55, 156-7, 182, 217, 253, 266

STS, 17.9.2008	1 ^a , [R] 2008\5881]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	172, 175, 266, 364
STS, 15.7.2008	1 ^a , [R] 2008\4479]	Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	345, 348
STS, 20.6.2008	1 ^a , [R] 2008\4260]	Sr. Clemente Auger Liñán	63, 209
STS, 20.6.2008	1 ^a , [R] 2008\4707]	Sr. Clemente Auger Liñán	343
STS, 11.6.2008	1 ^a , [R] 2008\3563]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	177, 181, 267
STS, 20.5.2008	1 ^a , [R] 2008\4607]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	185, 205
STS, 19.5.2008	1 ^a , [R] 2008\5772]	Sra. Encarnación Roca Trías	156
STS, 1 ^a , 6.3.2008	[R] 2008\2938]	Sr. Jesús Corbal Fernández	372, 374
STS, 15.1.2008	1 ^a , [R] 2008\1394]	Sra. Encarnación Roca Trías	268
STS, 13.12.2007	1 ^a , [R] 2008\329]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	273
STS, 4.12.2007	1 ^a , [R] 2008\251]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	193-4, 197, 216, 279, 281
STS, 20.11.2007	1 ^a , [R] 2008\19]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	267
STS, 5.11.2007	1 ^a , [R] 2007\8100]	Sr. José Almagro Nosete	81
STS, 16.10.2007	1 ^a , [R] 2007\7102]	Sr. Jesús Corbal Fernández	47, 61, 64, 91, 99, 211, 364
STS, 10.10.2007	1 ^a , [R] 2007\6813]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	43, 45-6, 55, 63, 91, 93, 123, 211, 303, 324, 326, 331, 364

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 28.9.2007	1ª, [R] 2007\6273]	Sr. Vicente Luis Montes Penades	348
STS, 26.9.2007	1ª, [R] 2007\5350]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	123, 156, 161, 211, 217-8, 266
STS, 10.9.2007	1ª, [R] 2007\4979]	Sr. José Almagro Nosete	81, 142, 177, 181
STS, 17.7.2007	1ª, [R] 2007\4895]	Sr. Francisco Marín Castán	227
STS, 13.6.2007	1ª, [R] 2007\3509]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	138, 266, 367
STS, 23.5.2007	1ª, [R] 2007\3273]	Sr. Vicente Luis Montes Penades	55
STS, 22.5.2007	1ª, [R] 2007\4620]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	63, 209
STS, 17.5.2007	1ª, [R] 2007\3542]	Sr. Jesús Corbal Fernández	322
STS, 30.3.2007	1ª, [R] 2007\1613]	Sr. Clemente Auger Liñán	177, 182
STS, 1ª, 6.3.2007	[R] 2007\1828]	Sra. Encarnación Roca Trías	43, 45 a 47, 91 a 93, 109, 210, 304, 313, 320, 331, 341
STS, 1ª, 1.2.2007	[R] 2007\788]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	138, 140, 266
STS, 25.1.2007	1ª, [R] 2007\1700]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	142, 168, 172, 177, 181, 185, 205, 266-7
STS, 1ª, 5.1.2007	[R] 2007\552]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	278
STS, 20.12.2006	1ª, [R] 2006\9248]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	125
STS, 7.12.2006	1ª, [R] 2007\377]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	66, 173, 266, 267, 270

STS, 27.11.2006	1ª, [R] 2006\9119]	Sr. José Almagro Nosete	81
STS, 1ª, 7.9.2006	[R] 2006\6521]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	300, 322, 367
STS, 26.6.2006	1ª, [R] 2006\4612]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	52, 64, 81
STS, 21.6.2006	1ª, [R] 2006\3080]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	54, 83, 209-10, 215, 383
STS, 10.5.2006	1ª, [R] 2006\2399]	Sr. José Antonio Seijas Quintana	127
STS, 1ª, 3.4.2006	[R] 2006\1916]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	123, 161, 218
STS, 1ª, 3.4.2006	[R] 2006\1871]	Sr. Juan Antonio Xiol Ríos	109, 126, 141, 157, 173, 177, 181-2, 266-7
STS, 31.3.2006	1ª, [R] 2006\5306]	Sr. Pedro González Poveda	81
STS, 1ª, 6.3.2006	[R] 2006\1054]	Sr. Antonio Salas Carceller	167
STS, 23.2.2006	1ª, [R] 2006\833]	Sr. Pedro González Poveda	275, 371
STS, 1ª, 2.1.2006	[R] 2006\129]	Sr. Vicente Luis Montes Penades	248
STS, 17.12.2005	1ª, [R] 2005\1815]	Sr. Pedro González Poveda	98
STS, 15.11.2005	1ª, [R] 2005\7632]	Sr. Jesús Corbal Fernández	66, 98, 210, 370, 374
STS, 9.11.2005	1ª, [R] 2005\7721]	Sr. Antonio Salas Carceller	384
STS, 28.10.2005	1ª, [R] 2005\7614]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	98
STS, 27.10.2005	1ª, [R] 2005\8156]	Sr. José Almagro Nosete	266, 269

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 27.10.2005	1ª, [R] 2005\7357]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	81
STS, 18.7.2005	1ª, [R] 2005\9251]	Sra. Encarnación Roca Trías	173, 177, 266-7, 269
STS, 1ª, 6.7.2005	[R] 2005\9531]	Sr. Antonio Romero Lorenzo	312
STS, 13.5.2005	1ª, [R] 2005\3996]	Sr. Clemente Auger Liñán	156, 167, 169, 175, 177, 284, 384
STS, 13.12.2004	1ª, [R] 2004\7878]	Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	156, 177, 217
STS, 17.11.2004	1ª, [R] 2004\7238]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	193, 216
STS, 14.10.2004	1ª, [R] 2004\5902]	Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	177, 204, 255
STS, 4.10.2004	1ª, [R] 2004\6066]	Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel	127, 193, 216, 353
STS, 18.6.2004	1ª, [R] 2004\4431]	Sr. Román García Varela	58
STS, 24.5.2004	1ª, [R] 2004\4033]	Sr. Jesús Corbal Fernández	104
STS, 29.4.2004	1ª, [R] 2004\2092]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	58, 81, 175
STS, 1ª, 1.4.2004	[R] 2004\1612]	Sr. Francisco Marín Castán	167
STS, 26.3.2004	1ª, [R] 2004\1668]	Sr. Clemente Auger Liñán	278
STS, 18.3.2004	1ª, [R] 2004\1823]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	278
STS, 11.3.2004	1ª, [R] 2004\901]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	81

STS, 1ª, 8.3.2004	[R] 2004\1815]	Sr. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares	98
STS, 23.1.2004	1ª, [R] 2004\50]	Sr. Clemente Auger Liñán	383
STS, 18.12.2003	1ª, [R] 2003\9302]	Sr. Jesús Corbal Fernández	188
STS, 18.12.2003	1ª, [R] 2003\8793]	Sr. Antonio Romero Lorenzo	284
STS, 31.12.2003	1ª, [R] 2004/367]	Sr. Francisco Marín Castán	55, 208
STS, 3.12.2003	1ª, [R] 2003\8519]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	138-9
STS, 22.7.2003	1ª, [R] 2003\5852]	Sr. Pedro González Poveda	171, 255
STS, 17.7.2003	1ª, [R] 2003\6575]	Sr. Antonio Gullón Ballesteros	167-8, 175
STS, 1ª, 9.7.2003	[R] 2003\4618]	Sr. Pedro González Poveda	66, 379
STS, 13.6.2003	1ª, [R] 2003\4127]	Sr. Pedro González Poveda	161, 168, 185, 286
STS, 29.5.2003	1ª, [R] 2003\3913]	Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	383
STS, 27.5.2003	1ª, [R] 2003\3930]	Sr. Jesús Corbal Fernández	98, 112
STS, 16.5.2003	1ª, [R] 2003\3816]	Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	226
STS, 16.5.2003	1ª, [R] 2003\4756]	Sr. Clemente Auger Liñán	157, 167-8, 175, 384
STS, 22.4.2003	1ª, [R] 2003\3545]	Sr. Román García Varela	58, 65

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 31.3.2003	1ª, [R] 2003\2837]	Sr. Francisco Marín Castán	66
STS, 24.3.2003	1ª, [R] 2003\2919]	Sr. José Almagro Nosete	204
STS, 13.2.2003	1ª, [R] 2003\1013]	Sr. Clemente Auger Liñán	58
STS, 29.1.2003	1ª, [R] 2003\616]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	80
STS, 16.1.2003	1ª, [R] 2003\6]	Sr. José de Asís Garrote	156, 170, 204, 217
STS, 12.12.2002	1ª, [R] 2002\10931]	Sr. José de Asís Garrote	284
STS, 12.12.2002	1ª, [R] 2002\10978]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	52, 79
STS, 28.11.2002	1ª, [R] 2002\10284]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	255, 267
STS, 11.11.2002	1ª, [R] 2002\9640]	Sr. José Almagro Nosete	54, 61, 370, 374, 377, 380, 384
STS, 29.10.2002	1ª, [R] 2002\9314]	Sr. José Almagro Nosete	52, 374, 377-8, 382
STS, 26.10.2002	1ª, [R] 2002\9183]	Sr. José de Asís Garrote	3923 399,
STS, 24.9.2002	1ª, [R] 2002\7869]	Sr. Román García Varela	58
STS, 31.7.2002	1ª, [R] 2002\7741]	Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	275
STS, 15.7.2002	1ª, [R] 2002\5911]	Sr. Román García Varela	58
STS, 11.7.2002	1ª, [R] 2002\8247]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	100

STS, 11.6.2002	1ª, [R] 2002\4885]	Sr. Luis Martínez- Calcerrada Gómez	393
STS, 1ª, 4.6.2002	[R] 2002\7574]	Sr. Teófilo Ortega Torres	171
STS, 27.5.2002	1ª, [R] 2002\7137]	Sr. Teófilo Ortega Torres	116, 168, 175
STS, 23.12.2001	1ª, [R] 2002\914]	Sr. Ricardo Enríquez Sancho	127
STS, 6.11.2001	1ª, [R] 2002\237]	Sr. Jesús Corbal Fernández	98
STS, 2.11.2001	1ª, [R] 2001\9641]	Sr. Jesús Corbal Fernández	126, 156, 161, 168, 185, 286
STS, 25.10.2001	1ª, [R] 2001\8670]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	284
STS, 18.10.2001	1ª, [R] 2001\8645]	Sr. Antonio Gullón Ballesteros	127
STS, 17.10.2001	1ª, [R] 2001\8642]	Sr. José Manuel Martínez- Pereda Rodríguez	56
STS, 1ª, 9.7.2001	[R] 2001\5001]	Sr. Antonio Gullón Ballesteros	98, 137, 239, 244, 247
STS, 22.6.2001	1ª, [R] 2001\5074]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	273
STS, 19.6.2001	1ª, [R] 2001\4974]	Sr. José Almagro Nosete	126, 188, 193, 196-7
STS, 14.5.2001	1ª, [R] 2001\6204]	Sr. José Ramón Vázquez Sandes	127
STS, 30.3.2001	1ª, [R] 2001\4775]	Sr. Francisco Marín Castán	167
STS, 24.3.2001	1ª, [R] 2001\3986]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	188, 192, 254, 375
STS, 12.3.2001	1ª, [R] 2001\3976]	Sr. Román García Varela	167, 177, 185, 205

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 1ª, 5.2.2001	[R] 2001\541]	Sr. Francisco Marín Castán	278
STS, 1ª, 9.10.2000	[R] 2000\9184]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	53, 79, 377
STS, 1ª, 29.9.2000	[R] 2000\7534]	Sr. Pedro González Poveda	167
STS, 1ª, 15.7.2000	[R] 2000\6885]	Sr. Pedro González Poveda	156, 168
STS, 1ª, 24.6.2000	[R] 2000\5304]	Sr. José Almagro Nosete	211, 364, 378, 383
STS, 1ª, 19.6.2000	[R] 2000/5291]	Sr. Jesús Corbal Fernández	39, 43, 45, 54-5, 65, 78, 156, 211-2, 369, 377
STS, 1ª, 6.5.2000	[R] 2000\3104]	Sr. José de Asís Garrote	157, 266, 269
STS, 1ª, 4.4.2000	[R] 2000\2506]	Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez	52, 377
STS, 1ª, 18.3.2000	[R] 2000\2018]	Sr. José de Asís Garrote	171, 254, 267
STS, 1ª, 2.3.2000	[R] 2000\1304]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	100
STS, 1ª, 17.2.2000	[R] 2000\1161]	Sr. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	60
STS, 1ª, 23.11.1999	[R] 1999\9048]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	114
STS, 1ª, 10.11.1999	[R] 1999\8057]	Sr. Román García Varela	193, 197
STS, 1ª, 2.11.1999	[R] 1999\7998]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	162, 192
STS, 1ª, 29.6.1999	[R] 1999\4895]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	115
STS, 1ª, 8.5.1999	[R] 1999\3101]	Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	253

STS, 31.10.1998	1ª, [R] 1998\8164]	Sr. Francisco Morales Morales	79
STS, 25.9.1998	1ª, [R] 1998\7070]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	80
STS, 15.9.1998	1ª, [R] 1998\6742]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	364
STS, 1ª, 3.7.1998	[R] 1998\5411]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	52, 79
STS, 11.6.1998	1ª, [R] 1998\4678]	Sr. Antonio Gullón Ballesteros	255
STS, 1ª, 9.6.1998	[R] 1998\3717]	Sr. José Almagro Nosete	370, 374, 380
STS, 29.12.1997	1ª, [R] 1997\9602]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	100
STS, 3.10.1997	1ª, [R] 1997\7089]	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	156, 161
STS, 20.9.1997	1ª, [R] 1997\6706]	Sr. Pedro González Poveda	364
STS, 28.7.1997	1ª, [R] 1997\5810]	Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz	367
STS, 17.6.1997	1ª, [R] 1997\5414]	Sr. José Almagro Nosete	100
STS, 1ª, 7.4.1997	[R] 1997\2743]	Sr. Francisco Morales Morales	79
STS, 20.12.1996	1ª, [R] 1996\9197]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	79
STS, 19.7.1996	1ª, [R] 1996\5802]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	234
STS, 1ª, 8.4.1996	[R] 1996\2882]	Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo	126
STS, 29.3.1996	1ª, [R] 1996\2203]	Sr. Teófilo Ortega Torres	52, 79, 115

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 26.2.1996	1ª, [R] 1996\1595]	Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa	323
STS, 12.2.1996	1ª, [R] 1996\869]	Sr. Francisco Morales Morales	367
STS, 13.10.1995	1ª, [R] 1995\7407]	Sr. Pedro González Poveda	364
STS, 5.10.1995	1ª, [R] 1995\7020]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	115, 162
STS, 11.3.1995	1ª, [R] 1995\3133]	Sr. Francisco Morales Morales	115, 367
STS, 28.10.1994	1ª, [R] 1994\7875]	Sr. Alfonso Villagómez Rodil	79, 115, 239
STS, 27.9.1994	1ª, [R] 1994\7307]	Sr. Jaime Santos Briz	192
STS, 27.11.1993	1ª, [R] 1993\9143]	Sr. Pedro González Poveda	255
STS, 19.7.1993	1ª, [R] 1993\6161]	Sr. Alfonso Barcalá Trillo- Figueroa	79
STS, 1ª, 2.7.1993	[R] 1993\5789]	Sr. José Almagro Nosete	156
STS, 16.4.1993	1ª, [R] 1993\2886]	Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández	380
STS, 30.12.1992	1ª, [R] 1992\10565]	Sr. José Almagro Nosete	68, 73, 157, 227
STS, 22.6.1992	1ª, [R] 1992\5462]	Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo	116
STS, 22.4.1992	1ª, [R] 1992\3317]	Sr. José Almagro Nosete	113
STS, 28.2.1992	1ª, [R] 1992\1404]	Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández	79

STS, 24.2.1992	1ª, [R] 1992\1427]	Sr. Antonio Gullón Ballesteros	380
STS, 4.11.1991	1ª, [R] 1991\8141]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	112
STS, 30.10.1991	1ª, [R] 1991\7246]	Sr. Jaime Santos Briz	156
STS, 11.10.1991	1ª, [R] 1991\6909]	Sr. Teófilo Ortega Torres	145
STS, 26.11.1990	1ª, [R] 1990\9047]	Sr. Pedro González Poveda	254
STS, 10.11.1990	1ª, [R] 1990\8538]	Sr. Pedro González Poveda	380
STS, 11.10.1990	1ª, [R] 1990\7860]	Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo	367
STS, 1ª, 2.7.1990	[R] 1990\5756]	Sr. Francisco González Navarro	316
STS, 1ª, 8.5.1990	[R] 1990\3690]	Sr. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa	227
STS, 1ª, 1.3.1990	[R] 1990\1656]	Sr. Jaime Santos Briz	345
STS, 12.2.1990	1ª, [R] 1990\677]	Sr. José Luis Albácar López	192, 197
STS, 22.6.1989	1ª, [R] 1989\4776]	Sr. Jaime Santos Briz	345
STS, 12.12.1988	1ª, [R] 1988\9427]	Sr. Francisco Morales Morales	239, 244
STS, 23.9.1988	1ª, [R] 1988\6854]	Sr. Mariano Martín-Granizo Fernández	227
STS, 21.9.1987	1ª, [R] 1987\6188]	Sr. Eduardo Fernández-Cid de Temes	79
STS, 13.6.1987	1ª, [R] 1987\4297]	Sr. Jaime Santos Briz	156

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 20.5.1986	1ª, [R] 1986\2772]	Sr. Miguel Español la Plana	239, 244
STS, 10.5.1986	1ª, [R] 1986\2678]	Sr. Rafael Pérez Gimeno	79
STS, 7.11.1985	1ª, [R] 1985\5516]	Sr. Jaime de Castro García	156
STS, 4.12.1984	1ª, [R] 1984\6029]	Sr. Cecilio Serena Velloso	79
STS, 1ª, 9.7.1984	[R] 1984\3801]	Sr. Rafael Pérez Gimeno	204
STS, 26.6.1984	1ª, [R] 1984\3269]	Sr. Juan García-Murga Vázquez	156
STS, 10.3.1983	1ª, [R] 1983\1469]	Sr. Jaime de Castro García	31
STS, 28.2.1983	1ª, [R] 1983\1083]	Sr. Carlos de la Vega Benayas	244, 248
STS, 28.5.1982	1ª, [R] 1982\2606]	Sr. Jaime de Castro García	52
STS, 1ª, 4.1.1982	[R] 1982\178]	Sr. Jaime de Castro García	253
STS, 17.11.1980	1ª, [R] 1980\4206]	Sr. Jaime Santos Briz	52
STS, 25.10.1980	1ª, [R] 1980\4815]	Sr. Jaime Santos Briz	364
STS, 23.10.1980	1ª, [R] 1980\3911]	Sr. Jaime de Castro García	145, 156
STS, 24.3.1980	1ª, [R] 1980\1297]	Sr. Víctor Serván Mur	364
STS, 1ª, 7.3.1980	[R] 1980\1118]	Sr. Jaime Santos Briz	156
STS, 18.6.1979	1ª, [R] 1979\2895]	Sr. Carlos de la Vega Benayas	253

STS, 14.4.1977	1 ^a , [R] 1977\1654]	No consta	367
STS, 23.2.1976	1 ^a , [R] 1976\880]	No consta	229, 230-1, 234
STS, 24.2.1969	1 ^a , [R] 1969\995]	Sr. Francisco Bonet Ramon	32
STS, 2.12.1968	1 ^a , [R] 1968\55]	Sr. José Beltrán de Heredia y Castaño	32
STS, 3.10.1961	1 ^a , [R] 1961\3276]	Sr. Mariano Gimeno Fernández	31
STS, 29.3.1933	1 ^a , [R] 1933\1587]	No consta	33
STS, 22.4.1957	1 ^a , [R] 1957\2153]	Sr. Juan Serrada Hernández	35
STS, 13.6.1929	1 ^a , <i>Colección Legislativa de España, 1929, tomo 189, pp. 814-819</i>	Sr. Adolfo Suárez	34
STS, 18.10.1928	1 ^a , <i>Colección Legislativa de España, 1930, tomo 185, pp. 872-877</i>	No consta	34

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

B) SALA DE LO PENAL

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
STS, 14.3.2013	2ª, [RJ 2013\3963]	Sr. Francisco Monterde Ferrer	58, 77, 229, 305, 329
STS, 27.6.2012	2ª, [RJ 2012\11231]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	53, 76
STS, 3.3.2011	2ª, [RJ 2011\2507]	Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo	53, 76-7, 243
STS, 18.10.2010	2ª, [RJ 2010\7862]	Sr. Joaquín Giménez García	306
STS, 24.3.2010	2ª, [RJ 2010\5533]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	53, 76
STS, 17.3.2010	2ª, [RJ 2010\4499]	Sr. Joaquín Giménez García	54, 77, 124, 219
STS, 16.7.2009	2ª, [RJ 2009\6991]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	53, 76
STS, 15.9.2008	2ª, [RJ 2008\4392]	Sr. Francisco Monterde Ferrer	54, 58, 77
STS, 19.6.2008	2ª, [RJ 2008\3666]	Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo	219
STS, 6.2.2008	2ª, [RJ 2008\1850]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	299
STS, 12.12.2007	2ª, [RJ 2009\6614]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	53, 76
STS, 18.10.2007	2ª, [RJ 2008\254]	Sr. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre	53, 56, 76, 124, 320
STS, 30.4.2007	2ª, [RJ 2007\4661]	Sr. José Antonio Martín Pallín	54, 344

STS, 26.1.2006	2ª, [RJ 2006\614]	Sr. Joaquín Delgado García	329, 330
STS, 23.9.2005	2ª, [RJ 2005\7372]	Sr. Gregorio García Ancos	53
STS, 19.7.2005	2ª, [RJ 2005\6540]	Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	53, 76, 219
STS, 23.6.2005	2ª, [RJ 2005\5627]	Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca	306
STS, 27.4.2005	2ª, [RJ 2005\5695]	Sr. Perfecto Andrés Ibáñez	53, 76
STS, 26.1.2004	2ª, [RJ 2004\1498]	Sr. Gregorio García Ancos	327
STS, 30.10.2003	2ª, [RJ 2003\7523]	Sr. José Jiménez Villarejo	329
STS, 22.7.2003	2ª, [RJ 2003\6054]	Sr. Juan Saavedra Ruiz	53-4, 76, 124, 219
STS, 26.11.2002	2ª, [RJ 2003\170]	Sr. José Aparicio Calvo-Rubio	125
STS, 31.10.2002	2ª, [RJ 2002\9912]	Sr. Joaquín Delgado García	54, 124, 219
STS, 17.10.2002	2ª, [RJ 2002\9168]	Sr. Joaquín Delgado García	53, 76, 305, 318, 329, 344
STS, 24.9.2002	2ª, [RJ 2002\8590]	Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo	329, 344
STS, 11.3.2002	2ª, [RJ 2002\6891]	Sr. José Ramón Soriano Soriano	329
STS, 5.7.2002	2ª, [RJ 2002\7936]	Sr. Joaquín Martín Canivell	323
STS, 1.6.2001	2ª, [RJ 2001\9959]	Sr. José Antonio Martín Pallín	141

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

STS, 2.10.2000	2ª, [R] 2000\8480]	Sr. Juan Saavedra Ruiz	329, 344
STS, 22.9.2000	2ª, [R] 2000\8070]	Sr. Carlos Granados Pérez	53, 76, 124, 219
STS, 14.7.2000	2ª, [R] 2000\7511]	Sr. Andrés Martínez Arrieta	53, 76
STS, 8.5.1996	2ª, [R] 1996\3802]	Sr. Cándido Conde-Pumpido Tourón	323
STS, 13.10.1993	2ª, [R] 1993\7377]	Sr. Joaquín Delgado García	329
STS, 31.5.1993	2ª, [R] 1993\4304]	Sr. Justo Carrero Ramos	341
STS, 16.12.1992	2ª, [R] 1992\10298]	Sr. Enrique Ruiz Vadillo	318
STS, 9.12.1992	2ª, [R] 1992\10025]	Sr. Francisco Soto Nieto	226
STS, 16.9.1992	2ª, [R] 1992\7159]	Sr. Carlos Granados Pérez	54
STS, 28.12.1990	2ª, [R] 1990\10102]	Sr. Francisco Soto Nieto	328
STS, 6.4.1990	2ª, [R] 1990\3180]	Sr. Justo Carrero Ramos	54
STS, 26.1.1984	2ª, [R] 1984\412]	Sr. Luis Vivas Marzal	330
STS, 29.11.1982	2ª, [R] 1982\7217]	Sr. Luis Vivas Marzal	318
STS, 13.4.1981	2ª, [R] 1981\1637]	Sr. Luis Vivas Marzal	318
STS, 24.5.1969	2ª, [R] 1969\4304]	No consta	342

STS, 10.3.1952	2ª, [R] 1952\404]	Sr. Federico Perera	34
-------------------	-------------------	---------------------	----

C) SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
STS, 29.9.2010	3ª, [R] 2010\6869]	Sr. Sr. Agustín Puente Prieto	277
STS, 3ª, 9.3.2010	[R] 2010\4212]	Sr. Enrique Lecumberri Martí	275
STS, 23.2.2010	3ª, [R] 2010\3247]	Sr. Enrique Lecumberri Martí	275
STS, 30.10.2007	3ª, [R] 2007\7334]	Sr. Octavio Juan Herrero Pina	277
STS, 25.9.2007	3ª, [R] 2007\7017]	Sra. Margarita Robles Fernández	275
STS, 16.5.2002	3ª, [R] 2002\4515]	Sr. José Manuel Sieira Míguez	393
STS, 10.2.1998	3ª, [R] 1998\1452]	Sr. Juan José González Rivas	276
STS, 24.10.1995	3ª, [R] 1995\7155]	Sr. Pedro Antonio Mateos García	275

2. Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
STSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 31.3.2011	[R] 2011\3834]	Sr. José Francisco Valls Gombau	273
STSJ Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 23.6.2008	[R] 2009\508]	Sr. Juan Manuel Fernández Martínez	208
STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª, 14.5.2008	[R] 2009\309]	Sr. Juan Manuel Fernández Martínez	56
STSJ Cataluña, Civil y Penal, Secc. Única, 16.6.2003	[R] 2003\8837]	Sr. Lluís Puig Ferriol	204

3. Audiencias Provinciales

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
SAP Las Palmas, 31.5.2011	[JUR 2011\247284]	Sr. Carlos Augusto García Van Isschot	232
SAP Islas Baleares, 5.10.2010	[AC 2010\1738]	Sr. Carlos Gómez Martínez	393, 402-3
SAP Navarra, 15.9.2009	[JUR 2009\54381]	Sr. José Julián Huarte Lázaro	393, 403
SAP Navarra, 11.6.2008	[AC 2008\1674]	Sr. Fermín Zubiri Oteiza	275

SAP 31.1.2008	Málaga,	[AC 2008\1205]	Sr. José Javier Díez Núñez	393, 394, 398
SAP 21.2.2007	Barcelona,	[JUR 2007\216959]	Sr. José Luis Barrera Cogollos	275
SAP 30.12.2005	Sevilla,	[JUR 2006\176035]	Sr. Marcos Antonio Blanco Leira	185
SAP 20.1.2003	Córdoba,	[AC 2003\176]	Sr. Pedro Roque Villamor Montoro	233
SAP (Sección 22.5.2001	Barcelona, 14ª),	[JUR 2001\245213]	Sra. Rosa Mª Agulló Berenguer	232
SAP 28.4.2000	Castellón,	[AC 2000\1013]	Sr. Felipe de la Cueva Vázquez	234

4. Otros Países

A) ALEMANIA

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
BGH 25.2.1988	[1988]	VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298	263
BGH 20.4.1971	[1971]	VI ZR 232/69, NJW 1971, 1313 <i>VersR</i> 1971, 741	262
BGH 20.9.1966	[1966]	VI ZR 258/64, <i>VersR</i> 1966, 1074	294
BGH 9.5.1957	[1957]	II ZR 327/55, BGHZ 24, 188	294, 332

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

BGH 13.5.1955	[1955]	I ZR 137/53, NJW 262 1955, 1314, BGHZ 17, 214
---------------	--------	---

B) AUSTRIA

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Hollis v Vabu Pty Ltd	[2001]	207 CLR 21	151

C) CANADÁ

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.	[2001]	2 SCR 983, 204 DLR (4th) 542	134
Bazley v Curry	[1999]	17 4 DLR (4th) 45	291
Montreal v. Montreal Locomotive Works Ltd.	[1947]	1 DLR 161 en 169	134

D) FRANCIA

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Civ. 2e 12 mai	[2011]	Bull. Dv. IT, núm. 110.	308, 332
Cass. ass. plén., 25 février	[2000]	Bull. Ass. Plén, JCP 2000.II.10295	392

Cass. Civ. 2, 19 février	[1997]	Bull. civ. 1997.II.53	118
Cass. ass. plén., 19 mai	[1988]	Bull. Ass. Plén. núm.	296, 308 218

E) INGLATERRA

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
JGE v. The English Province of Our Lady of Charity and The Trustees of the Portsmouth Roman Catholic Diocesan Trust	[2012]	EWCA Civ 938	147
Catholic Child Welfare Society v. Institute of the Brothers of the Christian Schools	[2012]	UKSC 56	293
Maga v. Birmingham Archdiocese of the Roman Catholic Church	[2010]	EWCA Civ 256	293
Farraj v King's Healthcare NHS Trust	[2009]	EWCA Civ 1203	260
Biffa Waste Services Ltd and Another v. Maschinenfabrik Ernst Hese Gmbh and others	[2008]	EWCA Civ 1257	245
Hawley v. Luminar Leisure Ltd.	[2006]	EWCA Civ 18, IRLR 817	147, 244
Viasystems (Tyneside) Ltd. v. Thermal Transfer (Northern) Ltd.	[2005]	EWCA Civ 1151, [2006] QB 510	147, 250-1

La responsabilidad civil del principal por hecho de sus auxiliares. En especial, la relación de dependencia

Mattis v Pollock	[2003]	EWCA Civ 887, 333 [2003] 1 WLR 2158	
Dubai Aluminium Co Ltd. v. Salaam and Others	[2002]	UKHL 48, [2003] 2 A.C. 366	292, 333
Lister v. Hesley Hall	[2001]	UKHL 22, [2002] 1 A.C. 215	292, 333
McDermid v. Nash Dredging & Reclamation Co. Ltd	[1987]	AC 906	154
Kondis v State Transport Authority	[1984]	154 CLR 672 at 688	262
Rose v Plenty	[1976]	1 WLR 141	291
Market Investigations v. Minister of Social Security	[1969]	2 QB 173 en 185	133
Davie v New Merton Board Mills Ltd	[1959]	AC 604 (HL) 642	153
Cassidy v Ministry of Health	[1951]	2 KB 343 (CA) 362	260
Denning L.J. in Denham v Midland Employers' Mutual Assurance Ltd.	[1955]	2 Q. B. 437, 444.	244
Ormrod v. Crosville Motor Services Ltd.	[1953]	1 WLR 409 (Devlin J), affd 119531 1 WLR 1120 (CA)	149
"Thelma" (Owners) v. University College School	[1953]	2 Lloyd's Law Report 613	149
Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins & Griffiths (Liverpool) Ltd.	[1947]	AC 1	241, 247
Short v. J & W. Henderson Ltd.	[1946]	62 TLR 427 en 429	133

F) NORTEAMÉRICA

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Martens v. MCL Construction Corp.,	[2004]	807 N.E. 2d 480, 488 (Ill. App)	255
St. Joseph Hospital v. Wolff	[2002]	94 S.W.3d, 513 (Tex.)	250
Estate of Hegarty v. Beauchaine	[2001]	638 N.W.2d, 355 (Wis. App.)	245
Rangel v. Brookhaven Constructors, Inc.,	[1999]	719 N.E. 2d 835, 838 (Ill. App.)	255
Brown v. StarMed Staffing	[1997]	L.P., 490 S.E.2d, 503, 506 (Ga. App.)	245
Harris v Miller	[1994]	438 S.E.2d, 731 (N.C.)	245
Rosenberg v. Equitable Life Assurance Soc'y of U.S.	[1992]	595 N.E. 2d 840 (NY)	255

G) SUIZA

<i>Caso</i>	<i>Año</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Schachtrahmen-Fall	[1984]	BGE 110 II 456	82

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, Natalia, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, “Responsabilidad del propietario de un edificio por los daños causados a tercero”, BIB 2012\2924, Pamplona, Cizur Menor, *Revista doctrinal Aranzadi Civil – Mercantil*, Vol. 2, núm. 6, 2012, pp. 107 – 115.

AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm*, Tentative Draft No. 7, April 22, Philadelphia, American Law Institute, 2011.

– *Restatement (Third) of the Law of Agency*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006.

De ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “Comentario del artículo 1903”, en Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Coord.), *Comentario del Código Civil*, vol. 9, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Arts. 1903 al 1976, Barcelona, Bosch, 2000.

– *Tratado de Responsabilidad Civil*, Madrid, Universidad de Deusto / Civitas, 1993.

– “Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., “La responsabilidad (II)”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez / José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, 3ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

Von BAR, Christian, *Vicarious Liability*, en Arthur Hartkamp / Martijn Hesselink / Ewoud Hondius / Carla Joustra / Edgar du Perron, *Towards a European Civil Code*, 2nd, Nijmegen/The Hague/London/Boston, Ars Aequi Libri / Kluwer Law International, 1998.

– *The Common European Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, vol. 1, 1998.

Von BAR, Christian / CLIVE, Eric (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 6 vols, Full Edition, Munich, Sellier, 2009.

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

BELL, John, “The Basis of Vicarious Liability”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 72, núm. 1, 2013, pp. 17 – 20.

– “Vicarious Liability for Child Abuse”, *The Cambridge Law Journal*, vol. 69, núm. 3, 2010, pp. 440 – 442.

BELUCHE RINCON, Iris, “La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010, pp. 207 – 219.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios al Código Civil*, 3ª Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2009.

BORRELL MACIA, Antonio, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2ª Ed., Barcelona, Bosch, 1958.

BRODIE, Douglas, “Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, núm. 3, 2007, pp. 493 – 508.

BUSNELLI, F. D. / BARGELLI, E. / COMANDÉ, G., “Liability for Damage Caused by Others under Italian Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

BUSTO LAGO, José Manuel, “La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto”, *Jornadas Universitarias Multidisciplinares para la Humanización del Parto (2010)*, A Coruña, Universidade da Coruña, 2011, (<http://hdl.handle.net/2183/9093>), pp. 103 – 135.

– “La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas”, en L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, T. III, Parte especial segunda*, Cizur Menor, Aranzadi – Thomson, 2008, pp. 873 – 1093.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, “La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica”, *Anuario de Derecho Civil*, Enero / Marzo, vol. 56, núm. 1, 2003, pp. 167 – 230.

CARRASCO PERERA, Ángel / CORDERO LOBATO, Encarna / GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen, *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7^a Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2012.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, IV. Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 13ava Ed. revisada por José Ferrandis Vilella, Madrid, Reus, 1986.

– *Derecho civil español, común y foral obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas*, T. II, *Obligaciones y contratos. Régimen matrimonial de bienes. Prescripción*, 3^a, Madrid, Reus, 1931.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, “La exigencia de responsabilidad en el contexto de la prestación de servicios profesionales: una reseña de jurisprudencia”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2004, pp. 1305 – 1328.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1987.

– *Comentario a la Sentencia de 26 junio 1990. Responsabilidad civil derivada de delito, responsabilidad subsidiaria del empleador en caso de extralimitación de funciones*, Madrid, CCJC, núm. 23, 1990, pp. 761 – 772.

COLÁS ESCANDÓN, Ana, “Comentario al artículo 1727 del Código Civil”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3^a Ed., Cizur Menor, Thomson – Aranzadi, 2009.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luís, *Derecho de daños*, 3^a Ed., Barcelona, Bosch, 2009.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / MIR PUIG, Santiago, *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

CREMADES GARCÍA, Purificación, “La defensa del empresario ante la exigencia de responsabilidad civil por la acción de sus dependientes”, BIB 2011\608, Pamplona, Aranzadi Social, vol.4, núm. 2 (Mayo), 2011, pp. 157 – 174.

Van DAM, Cees, *European Tort Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2013.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema / ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *El desbordamiento del Derecho de Daños, jurisprudencia reciente*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Vol. V, La responsabilidad civil extracontractual*, 1^a Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2011.

– *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Vol. I, Introducción a la teoría del contrato*, 6^a Ed., Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2007 (reimpresión 2011).

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís / GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil II/2, Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10^a Ed., Madrid, Tecnos, 2012.

– *Sistema de Derecho Civil I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 12^a Ed., Madrid, Tecnos, 2012.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, “Comentarios al artículo 120.4 del CP”, en Manuel Cobo del Rosal, *Comentarios al Código Penal*, vol. IV, Madrid, Edersa, 1999.

DOBBS, Dan B., *The Law of Torts*, West Group, 2000.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín-Casals, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2008.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, “Las empresas de trabajo temporal y la responsabilidad civil derivada de delito”, BIB 2011\1828, Pamplona, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 832, 2011, p. 6.

FLORS MATÍES, José, *Doctrina jurisprudencial del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, 2013.

GARLAND-CARVAL, Suzanne, “Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

GARCÍA CARACUEL, Manuel, “Cuestiones procesales en la LOE”, en Ana Cañizares Laso (Dir.), *Estudios sobre Derecho de la edificación*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2010, pp. 191 – 214.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Barcelona, Base, 2 v., Tomo IV, 1973.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín, *Ilicitud, culpa y estado de necesidad (un estudio de responsabilidad extracontractual en los Códigos Penal y Civil)*, Madrid, Dykinson, 2006.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *Las nuevas tendencias Jurisprudenciales en materia de Responsabilidad civil del empresario*, Madrid, Reus, 2012.

GILIKER, Paula, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- “Comparative Perspectives on Vicarious Liability: Defining the Scope of Employment”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

GÓMEZ CALLE, Esther, “Los sujetos de la Responsabilidad Civil: la responsabilidad por hecho ajeno”, en José Manuel Busto Lago / L. Fernando Reglero Campos (Coord.), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

- “Comentario art. 1903 y 1904 del Código Civil dentro del Volumen IV, Título XVI, Capítulo II, llamado de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Pedro de Pablo Contreras / María Rosario Valpuesta Fernández / Ana Cañizares Laso / Javier Orduña Moreno, (Directores), *Código Civil Comentado*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2011, pp. 1464 – 1480.
- “Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, en Luis Fernando Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 4ª Ed., 2008, pp. 931 – 1065.

GONZÁLEZ ORVIZ, M^a Eloina, *Responsabilidad por culpa “in eligendo” o “in vigilando”*, Barcelona, Bosch, 2007.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, “Comentario al artículo 1727 del Código Civil”, en Cándido Paz-Ares / Luis Díez-Picazo / Rodrigo Bercovitz / Pablo Salvador (Dir.), *Comentario del Código Civil, II*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

HAENTJENS, Matthias / DU PERRON, Edgar, “Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

KOZIOL, Helmut / VOGEL, Klaus, “Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luís / SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís / LUNA SERRANO, Agustín / DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús / RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco / RAMS ALBESA, Joaquín, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones. Vol. 2. Contratos y Cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 5^a Ed., Madrid, Dykinson, 2013.

LLOVERAS FERRER, Marc-Roger, “Sobre l'àmbit de l'execució de les obligacions o serveis en l'art. 120.4 CP. A propòsit de la STS, 2a, 18.10.2007”, *InDret*, Revista para el anàlisi del dret, núm. 1, 2008, pp. 1 – 18.

LUIJÁN ALCARAZ, José, “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2000, pp. 257 – 270.

MAGNUS, Ulrich. / FEDTKE, Jörg, “Liability for Damage Caused by Others under German Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Reus, Tomo XII, 1973.

– *Comentarios al Código civil español*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, Tomo XII, 1907.

MARTÍN-CASALS, Miquel, “La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria”, en Félix Benito Osma (Dir.), *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de seguro*, Cuadernos de Seaida, núm. 6, Madrid, Editorial Española de Seguros, 2011.

– *La “modernización” del derecho de la responsabilidad extracontractual*, Ponencia presentada en las XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, celebrada los días 8 y 9 de abril de 2011 en A Coruña, que forma parte del libro *Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil*, Universidad de Murcia, Servicios de publicaciones, 2011, pp. 11 – 112.

– *The Impact of the Principles of European Tort Law (PETL) in Spanish Case Law*, (2010) 3 JETL [Journal of European Tort Law], pp. 306 – 327.

- “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, en Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007.
- “Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 7170]”, a *CCJC*, Setiembre/Diciembre, núm. 75, 2007, pp. 1191 – 1219.

MARTÍN-CASALS, Miquel / RIBOT IGUALADA, Jordi / SOLÉ FELIU, Josep, *La responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Madrid, Cuadernos SEAIDA 4, Editorial Española de Seguros, 2006.

MARTÍN-CASALS, Miquel / RUDA GONZÁLEZ, Albert, “The development of legal doctrine on fault in Spanish tort law”, in Nils Jansen (ed.), *The development and making of legal doctrine* (D. Ibbetson / J. Bell [eds.], *Comparative Studies in the Development of the Law of Torts in Europe*, vol. 6, Cambridge University Press, 2010, pp. 183 – 211.

MARTÍN-CASALS, Miquel / SOLÉ FELIU, Josep, “Comentario al Art. 1903 y 1904 del Código Civil”, en Andrés Domínguez Luelmo (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 2055 – 2063.

- “Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 [RJ 2005, 9251]”, a *CCJC*, Setiembre/ Diciembre, núm. 72, 2006, pp. 1361 – 1379.

- “La responsabilidad civil por productos defectuosos”, en María José Reyes López (Coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 157 – 195.
- “La responsabilidad civil por bienes y servicios en la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en María José Reyes López (Coordinadora), *Derecho privado de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 197 – 216.
- “Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

MIQUEL GONZÁLEZ, José M^a, “Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contrato independiente”, *Anuario de Derecho Civil*, (ADC), vol. 36, núm. 4, 1983/III, pp. 1501 – 1514.

MOLLAR PIQUER, María Pilar / VILAR GONZÁLEZ, Silvia, “La responsabilidad del notario por acto de sus empleados”, Madrid, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2013, pp. 1245 – 1258.

MONTEIRO, J. Sinde / VELOSO, Maria Manuel, “Liability for Damage Caused by Others under Portuguese Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

MONTÉS PENADÉS, Vicente L., “Comentario al artículo 120 CP”, en Tomás Vives Antón (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995, art. 120 CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. I, 1996.

MORGAN, Phillip, *Recasting vicarious liability*, *The Cambridge Law Journal*, vol. 71, núm. 3, 2012, pp. 615 – 650.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 2a Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

MURPHY, John, “Juridical Foundations of Common Law Non-Delegable Duties”, en Jason W. Neyers, Erika Chamberlain, Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo A. / VEIGA COPO, Abel B., *Derecho de Daños*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2013.

NESTEROWICZ, Mirosław / BAGINSKA, Ewa, “Liability for Damage Caused by Others under Polish Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

NEYERS, Jason W., “A Theory of Vicarious of Liability”, *Alberta Law Review*, núm. 43, 2005, pp. 287 – 326.

ORTI VALLEJO, Antonio, “La responsabilidad civil por defectos constructivos en la Ley de Ordenación de la Edificación”, en Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia / Javier López y García de la Serrana (Coord.), *Cuestiones actuales sobre responsabilidad civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters — Aranzadi, 2013, pp. 115 – 158.

OUTIN-ADAM, Anne, “Responsabilité des employeurs et salariés”, en François Terré, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz – Sirey, 2011, pp 157 – 162.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, voz “Culpa”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Madrid, Civitas, 1995.

– *Comentario al Art. 1902 CC*, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de justicia, Tomo II, 1993.

PARRA LUCAN, M^a Ángeles, “Comentario al Art. 1903 CC. De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, en Miguel Pasquau Liaño (Dir.) / Klaus Jochen Albiez Dohrmann / Ana López Frías (Coord.), *Jurisprudencia civil Comentada. Código Civil*, Granada, Comares, 2009.

– “Comentario al artículo 148 TRLGDCU”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, Aranzadi –Thomson, 2009, pp. 1721 – 1757.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Tomo IX (Art. 1760 a Disposiciones adicionales)”, en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), en *Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

– “Los daños a los inmuebles próximos al edificio en construcción. Problemas derivados de la imputación subjetiva de la responsabilidad a los agentes de la edificación”, BIB 2005\68, Pamplona, *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2004, pp. 2395 – 2422.

- “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: La responsabilidad por hecho Ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, Empresarios y centros Docentes”, en José M^a Pena López, (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, pp. 146 – 157.

PÉREZ CONESA, Carmen, “Novatada y responsabilidad por culpa “in vigilando”. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3494)”, BIB 2010\2177, Pamplona, *Aranzadi Civil*, núm. 7, 2010, pp. 35 – 42.

PIÑEIRO SALGUERO, José, *Responsabilidad Civil. Práctica deportiva y asunción de riesgos*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2009.

PUIG I FERRIOL, Lluís, “La representación”, en Lluís Puig Ferriol / María del Carmen Gete-Alonso y Calera / Jacinto Gil Rodríguez y José Javier Hualde Sánchez, *Manual de Derecho Civil II*, 3^a Ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia / MARÍN GARCÍA, Ignacio / MILÀ RAFEL, Rosa / RUIZ GARCÍA, Carlos Alb. / FARNÓS AMORÓS, Esther / ALASCIO CARRASCO, Laura / FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “80 casos de Derecho de daños (2004-2008)”, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, núm. 3, 2009, pp. 1 – 96.

RAMOS MAESTRE, Áurea, *La Responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid, Dykinson, 2003.

REGLERO CAMPOS, Fernando, *La responsabilidad civil del propietario del vehículo a motor*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.

- “Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1988”, *CCJC*, núm. 18, septiembre/diciembre, 1988, pp. 845 – 861.

ROCA TRÍAS, María Encarnación, “La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, vol. 51, 1998/I, pp. 7 – 39.

ROCA TRÍAS, María Encarnación / NAVARRO MICHEL, Mónica, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 6ª Ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, “Culpa de la víctima y responsabilidad sin culpa”, *Revista de Derecho Patrimonial (RDP)*, 1992, pp. 113 – 132.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Semejanzas y diferencias entre el contrato civil y el contrato administrativo de obra”, en Ana Cañizares Laso (Dir.), *Estudios sobre Derecho de la edificación*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Civitas, 2010, pp. 315 – 328.

ROGERS, W. V. Horton, *Winfield & Jolowicz Tort*, 18th ed., London, Sweet & Maxwell, 2010.

- “Liability for Damage Caused by Others under English Law”, en Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad Civil por accidente laboral”, BIB 2004\1638, Pamplona, *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2004, pp. 1942 – 1945.

SALA, Juan, *El litigante instruido o el Derecho puesto al alcance de todos*, Paris, Librería de Rosa y Bouret, 1870.

SALVADOR CODERCH, Pablo / GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos I. / RUIZ GARCÍA, J. A. / RUBÍ, Antoni / PIÑEIRO, José, “Respondeat Superior I” *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 2/2002.

SALVADOR CODERCH, Pablo / GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos I., “Respondeat Superior II: De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 3/2002.

SALVADOR CODERCH, Pablo / RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados. Comentario a la STS, 1ª, 17.7.2007 (RJ 2007\4895)”, *InDret*, Revista para el análisis del derecho, 2/2008.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “La «relación de dependencia» y el art. 1903.4º del Código Civil”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 2009, núm. 22, pp. 37 – 74.

SANTOS BRIZ, Jaime, “Comentarios al artículo 1903 del Código civil”, en Manuel Albaladejo García / Sílvia Díaz Alabart (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXIV, 2ª Ed. (1997- 3ª Ed. y 1ª Ed. 1978), Madrid, Edersa, 1982.

– *Derecho de Daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962.

SIERRA PÉREZ, Isabel, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, Montecorvo, 1997.

SOLÉ FELIU, Josep, “Criteris per una regulació de la responsabilitat de l’empresari al Llibre VI del CCCat”, ponencia a las XVI Jornadas de Derecho Catalán en Tossa de Mar, Documenta Universitaria, 2012.

– *La responsabilidad extracontractual del principal por hechos de sus auxiliares: principios y tendencias*, Madrid, Reus, 2012.

STEVENS, Robert, “Non-Delegable Duties and Vicarious Liability”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

Study Group on a European Civil Code, Principles of European Law, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Berlin, Sellier/Bruylant/Stämpfli, 2009.

SURROCA COSTA, Alfons, *La responsabilidad civil por hecho ajeno derivada de delito o falta. En particular, la responsabilidad civil de padres, guardadores, centros docentes, Empresarios, Titulares de vehículos, y Administración Pública*, Universidad de Girona, Tesis Doctoral (Trabajo inédito), [<http://hdl.handle.net/10803/94199>], 2012.

TOVAR SABIO, Vicente, “La responsabilidad civil por daños a terceros y accidentes de trabajo en el ámbito de la obra subcontratada”, en Miguel Pasquau Liaño / María José Rivas Velasco / Vicente Tovar Sabio, *La subcontratación en la construcción. Aspectos civiles y procesales*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2010.

TRABADO ÁLVAREZ, Concepción, “Responsabilidad civil por daños causados durante el contrato de hospedaje”, *Diario la Ley*, Sección Doctrina, núm. 7698, 2011, pp. 1483 – 1488.

VALVERDE y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, T. III, *Parte Especial. Derechos personales o de obligaciones*, Ed. 4ª, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1937.

VINEY, Geneviève / JOURDAIN, Patrice, “Les conditions de la responsabilité”, en Jacques Ghestin (Ed.), *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., Paris, LGDJ, 2006.

WAGNER, Gerhard, “Vicarious Liability”, en Hartkamp / Hesselink / Hondius / Mak / du Perron, *Towards a European Civil Code*, 4th, The Netherlands, Kluwer Law International, 2011, pp. 903 – 920.

WEISSENBACHER, Manuela, “European reports, Austria”, en Bernhard A. Koch (ed.), *Damage caused by genetically modified organisms*, Berlin / New York, Sellier de Gruyter, 2010, pp. 2 – 31.

WIDMER, P., “Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law”, en J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague / London / New York, Kluwer Law International, 2003.

WINGFIELD, David R., “Perish Vicarious liability?”, en Jason W. Neyers / Erika Chamberlain / Stephen G. A. Pitel (Eds.), *Emerging issues in Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

XIOL RÍOS, Juan Antonio, “Posición actual del tribunal Supremo ante los pleitos de daños. Fallecimiento prematuro de la víctima y colisión múltiple en accidentes de circulación”, en Mariano José Herrador Guardia (Dir.), *Derecho de daños 2013*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.

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

