

La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil.
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. *La doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2000.*—II. *Cuestiones que plantea la sentencia.*—III. *La relación de dependencia.*—IV. *La culpa del dependiente. El problema de la carga de la prueba.*—V. *La objetivación de la responsabilidad del empresario atendiendo a las circunstancias del riesgo creado.*

I. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2000

La sentencia de la que es ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández consta de nueve Fundamentos de Derecho, apareciendo perfectamente descritos los hechos en los mismos, y especialmente, en el segundo.

Primero.—El Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Navalcarnero dictó sentencia el 13 de mayo de 1994 en los autos del juicio de mayor cuantía número 259/92 en la que estimando en parte la demanda formulada por don Marino Garrido Rodríguez-Radillo, doña Sara García Ortiz y don Pablo, don Diego y doña Inés Garrido García contra «Aero Madrid, S. A.», y contra la «Compañía de Seguros Catalana Occidente», absuelve a la primera entidad demandada y condena a la Compañía Aseguradora a pagar a don Marino Garrido Rodríguez-Radillo y a doña Sara Garrido García la cantidad de cinco millones de pesetas, más los intereses del

20 por 100 a partir del día 6 de diciembre de 1991 hasta su completo pago (*sic*). Formulados sendos recursos de apelación por los demandantes y la demandada condenada, la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 1 de octubre de 1996 (Rollo 455/94) en la que estima los dos recursos, totalmente el interpuesto por «Catalana Occidente Anónima de Seguros y Reaseguros» a la que absuelve, y parcialmente el planteado por los demandantes en cuya virtud condena a «Aero Madrid, S. A.», a pagar a doña Sara García Ortiz y a don Marino, doña Sara, don Pablo, don Diego y doña Inés Garrido García la suma de diez millones doscientas mil pesetas en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la muerte de don César Garrido García; absolviendo a «Aero Madrid, S. A.», de tener que indemnizar a don Marino Garrido Rodríguez-Radillo. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso por «Aero Madrid, S. A.», recurso de casación, articulado en ocho motivos, en los que, sucintamente, denuncia: infracción del artículo 359 LEC por modificación de la *causa petendi* (motivo primero); del artículo 1903.4 CC, en relación con el artículo 1104.1.º del mismo Código, y con el artículo 60 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, así como en relación con los artículos 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971, por no existir culpa en la recurrente por omisión de las medidas de vigilancia y control del piloto de aviación siniestrado (motivo segundo); del artículo 1903, párrafo último, del Código civil, en relación con el artículo 1214 del mismo Cuerpo legal, al calificar la sentencia de culposa la omisión por «Aero Madrid, S. A.», de medidas de vigilancia y control del piloto de aviación siniestrado (motivo segundo); del artículo 1903, párrafo último, del Código civil, en relación con el artículo 1214 del mismo cuerpo legal, al calificar la sentencia de culposa la omisión por «Aero Madrid, S. A.», de medidas de vigilancia y control del piloto, por no haber acreditado que desplegó la diligencia exigible (motivo tercero); existencia de incongruencia por contradicción interna entre lo razonado en los fundamentos y lo dispuesto en el fallo, resultando infringido por ello el artículo 359 LEC (motivo cuarto); infracción del artículo 1903.4.º del Código civil y de los mismos preceptos de la Ley 48/1960 y Reglamento de 18 de octubre de 1971, por cuanto no existe en el piloto la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa *in vigilando* de la recurrente (motivo quinto); infracción del artículo 1903.4.º, en relación con los artículos 1104.1.º, 1105 y 1214, todos ellos del Código civil, por haber la sentencia recurrida calificado indebidamente de culposa la con-

ducta del piloto del avión siniestrado, para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de «Aero Madrid, S. A.», (motivo sexto); vulneración del artículo 1249 del Código civil, en relación con los artículos 1903.4.º y 1214 del mismo Código, porque la sentencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en la recurrente, por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo (motivo séptimo); y, por último, conculcación del artículo 1103, en relación con el artículo 1903.4.º, ambos del Código civil, por no haber entendido en cualquier caso la sentencia recurrida que existía una concurrencia de culpas del agente causante del daño con la víctima por las especiales circunstancias concurrentes, para, a su tenor, hacer uso de la facultad moderadora de la responsabilidad procedente (motivo octavo).

Segundo.—En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida se recogen los siguientes hechos básicos, que han quedado incólumes en casación: I. El día 1 de octubre de 1989 se suscribió un contrato de aprendizaje entre el centro de formación aeronáutica «Aero Madrid, S. A.» (reconocido como centro oficial de enseñanza para impartir las clases teóricas y prácticas correspondientes al curso de piloto comercial con calificación IFR), y don César Garrido García (alumno que pretendía la obtención de ese título profesional de piloto comercial con calificación IFR), en virtud del cual Aero Madrid se comprometía a impartir clases teóricas y prácticas mediante puesta a disposición del alumno de los recursos humanos y materiales precisos a cambio del cobro de un precio de cinco millones trescientas mil pesetas (más el 12 % del IVA). Y, en cumplimiento de ese contrato, el día 5 de septiembre de 1991, cuando don 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 a las 8 y 40 minutos del aeropuerto de Cuatro Vientos (Madrid), pilotando el avión terrestre marca Piper, modelo PA-44-180, matrícula EC-FCI y con número de serie 44-7995199 (de la propiedad de «Aero Madrid, S. A.»), en compañía del instructor (empleado de Aero Madrid) don Jerónimo José Cerisola Infiesta, quien también disponía de otros mandos del avión para poder sustituir al piloto en el momento que lo considerase oportuno, y de don Santiago Baamonte Artelo (alumno de la escuela que, además de haber superado las pruebas para la obtención del título de piloto comercial, también tenía completadas las horas necesarias de vuelo para su expedición). Y cuando eran las 9 horas y sobrevolaban la finca Valdeciervos (en el partido judicial de Navalcarnero), el avión cayó en vertical y girando sobre sí mismo,

respecto de su eje longitudinal, hasta chocar frontalmente con el suelo, falleciendo, en el acto, don César y los otros dos ocupantes del avión. II. Don César, nacido el día 26 de junio de 1968, era soltero y no había tenido descendientes, falleciendo «ab intestado» y sobreviviéndole sus padres (don Marino Garrido Rodríguez-Radiello y doña Sara García Ortiz), con quienes residía, desde su nacimiento, en el piso 1.º izquierda de la casa número 66 de la calle Ramón y Cajal de La Robla (León), y sus hermanos (don Marino Juan Ignacio, nacido el día 30 de julio de 1967; doña Sara, nacida el día 1 de octubre de 1969; don Pablo, nacido el día 29 de mayo de 1971; Diego Marcos, nacido el 18 de diciembre de 1981; e Inés, nacida el 11 de julio de 1984). Y, III. El día 21 de febrero de 1990 se suscribe un contrato de seguro de personas, en la modalidad de seguro de accidentes, que, entre otros riesgos, cubría la lesión corporal que derive de una causa violenta súbita que produzca muerte, hasta un límite cuantitativo indemnizatorio de cinco millones de pesetas, y por el período de tiempo que media desde el día 19 de febrero de 1990 hasta el día 30 de marzo de 1991, siendo el asegurador «Catalana Occidente, S. A.», el tomador del seguro «Aero Madrid, S. A.», los asegurados los alumnos de Aero Madrid que figuran relacionados en un anexo, y entre los que se encuentra don César, y beneficiarios los herederos legales de los asegurados. Constando en las condiciones generales (la 12 número 4) que: «El seguro se estipula por el período de tiempo previsto en las condiciones particulares, y a su vencimiento se prorrogará por períodos no superiores a un año; no obstante, cualquiera de las partes podrá oponerse a la prórroga mediante notificación escrita a la otra, efectuada con antelación superior a dos meses a la conclusión del período de seguro en curso». Mientras que, como condición particular recogida en la propia póliza (la número 8/8.643.591-A), «se establece por una duración de improrrogable temporal», *sic*.

En la sentencia de la Audiencia se razona ampliamente en relación con el contrato de seguro de accidentes (que para este recurso de casación carece de interés) y asimismo sobre la inaplicabilidad en el caso de la responsabilidad objetiva regulada en la Ley de Navegación Aérea, centrando el objeto del proceso en la aplicación de los preceptos genéricos sobre responsabilidad, y concretamente en la indemnización del daño moral proveniente de la muerte del referido alumno de la autoescuela cuando pilotaba el avión en vuelo de instrucción. También se examina la existencia de renuncia a reclamar indemnización de daños y perjuicios por parte del padre del piloto fallecido, Sr. Garrido, y la ausencia de culpa extracontractual con base en el artículo 1902 por parte de «Aero Madrid, S. A.».

Por consiguiente, el fundamento de la condena se sitúa en la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno (párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC).

Para combatir la anterior condena la parte recurrente, además de interesar la integración del *factum* (con base en diversas sentencias de esta Sala), articula los ocho motivos expresados, que se pueden agrupar, para facilitar su examen, en los siguientes apartados, de análisis sucesivo por razones de método procesal y orden lógico: *a)* los que denuncian incongruencias de la sentencia recurrida (motivos 1.º y 4.º); *b)* el relativo a la inexistencia de la relación de dependencia o subordinación de dicho piloto instructor con la entidad recurrente (motivo 5.º); *c)* los encaminados a negar la existencia de culpa en el piloto instructor Sr. Cerisola (motivos 6.º y 7.º); *d)* falta de culpa de «Aero Madrid, S. A.», en relación con la omisión de medidas de vigilancia y control (motivo 2.º); *e)* falta de culpa en relación con la afirmación de no haberse desplegado la diligencia exigible (motivo 3.º); y *f)* moderación en la indemnización por concurrencia de culpas (motivo 8.º).

Tercero.—En el motivo primero se denuncia incongruencia por alteración de la *causa petendi*, que vulnera el artículo 359 LEC.

En el desarrollo del motivo se alega, en síntesis: para que sea congruente, la sentencia ha de estar basada en la misma causa de pedir que se ha invocado por las partes oportunamente al deducir sus respectivas pretensiones en el procedimiento; la *causa petendi* consiste en el fundamento fáctico esencial alegado por las partes o bien unos hechos básicos y la calificación jurídica que a los mismos otorgan las partes; la jurisprudencia (sentencias de 8 de enero de 1902, 5 de julio de 1944, 15 y 24 de diciembre de 1993 y 18 de julio de 1995) conforma la causa de pedir sobre los hechos básicos que sirven de fundamento a la acción; es preciso diferenciar la individualización o particularización de la pretensión de su motivación; en el caso se trata de una acción personal de condena, ejercicio de un derecho personal o de obligación; en el escrito resumen de pruebas se introdujeron por la parte actora alegaciones fácticas nuevas que invocaban unas causas de accidente diferentes que responsabilizaban a la recurrente sin que sobre ellas nada pudiera alegar o probar, y la Audiencia se basa en una de estas extemporáneas alegaciones para la apreciación de culpa del piloto instructor, lo que supone una modificación de la causa o razón de pedir como causa concreta o fundamento de la pretensión indemnizatoria por responsabilidad extracontractual; y con ello se infringe el artículo 359 LEC, por incongruencia, puesto que la jurisprudencia considera que se produce alteración

de la *causa petendi* cuando se sustituyen las cuestiones debatidas por otras o se aparta de los hechos fijados en los escritos fundamentales del pleito.

El motivo no puede ser acogido porque la alegación fáctica tildada de extemporánea no forma parte de la *causa petendi*.

Ello es así porque, sin perjuicio de compartir en lo sustancial la doctrina que se expone en el motivo sobre la *causa petendi*, no se acepta la aplicabilidad que se hace en el caso. La *causa petendi* comprende el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión. Se trata de acontecimientos (hechos históricos) de la vida social, concretos, de interés para el proceso, y que, además, desarrollen una función individualizadora de la pretensión. No se comprenden las normas o principios jurídicos, los argumentos, los medios de prueba, ni los hechos que aun siendo constitutivos (porque alegados, y en su caso probados, son presupuesto de la estimación de la pretensión) no tienen la función previa de delimitar e individualizar el objeto del proceso, en la perspectiva de la congruencia, litispendencia, cosa juzgada y acumulación. Tratándose de un derecho de obligación la *causa petendi* está integrada por los hechos concretos que dan lugar al nacimiento y adquisición del derecho de que se trate. Por consiguiente, no todos los hechos de interés para el proceso integran dicha causa, sólo los jurídicamente relevantes –y suficientes–, para diferenciar una *causa petendi* de otra, y por tanto dos objetos procesales con «petitum» igual, y en definitiva dos acciones o pretensiones. Cualquier otra consideración sobre la introducción extemporánea de apreciaciones fácticas en el proceso es ajena a la doctrina de la causa de pedir.

Las alegaciones encaminadas a justificar la existencia o exoneración de la culpa extracontractual, o la concurrencia del nexo causal, no forman parte de la *causa petendi*, como tampoco cuando se trate de apreciaciones, a tales efectos, derivadas de la prueba practicada (sentencias de 23 de mayo de 1996 y 5 de noviembre de 1997, entre otras). Lo relevante es que no se produzca una modificación sustancial de los términos del litigio –en esencia, muerte de un alumno piloto de una aeronave con ocasión de prácticas de vuelo por culpa del piloto instructor–, obviamente no la producen las aportaciones proporcionadas por las pruebas para acreditar la existencia de culpa, aunque supongan la revelación de circunstancias no conocidas al tiempo de formular las alegaciones.

Por otro lado, no cabe imaginar la posibilidad de indefensión, porque no se puede tildar de sorpresivo lo que es previsible pueda ser el resultado de una prueba, y en cualquier caso el recurso de

apelación permitía atender adecuadamente a la tutela judicial del interés procesal de la parte aquí recurrente.

Cuarto.—En el motivo cuarto se denuncia también la existencia de incongruencia por infracción del artículo 359 LEC.

Se alega en el desarrollo del motivo incoherencia interna de la sentencia por contradicción de los fundamentos y lo dispuesto en el fallo. Y se alegan las sentencias de 4 de mayo de 1993, 13 de octubre de 1994 y 4 de abril de 1995 sobre incongruencia por contradicción interna.

El motivo carece de soporte adecuado. Nada cabe objetar, en sustancia, a la doctrina jurídica expuesta, pero la realidad fáctica no se ajusta a la versión de la denuncia efectuada. La sentencia de la Audiencia es de una claridad meridiana, tanto cuando razona en el apartado III del Fundamento cuarto sobre la responsabilidad civil extracontractual por actos propios, como cuando lo hace en el apartado IV del propio Fundamento sobre la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, en ambos casos en relación con la conducta de «Aero Madrid, S. A.». Se trata de dos argumentaciones independientes, no extrapolables, cuyo contenido debe valorarse en el propio contexto a que responden, la primera para la perspectiva del artículo 1902, y la segunda para la del artículo 1903, párrafo cuarto, ambos preceptos del Código civil.

Quinto.—En el motivo quinto del recurso se aduce, en su enunciado, la infracción de diversos preceptos —arts. 1903.4 CC, 60 Ley 48/1960, de 21 de julio, y 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971— por cuanto no existe en el piloto (se refiere al piloto instructor, o profesor) la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa «in vigilando» de la recurrente.

En el contenido del motivo hay que distinguir dos partes. En la primera (concretando una amplia argumentación ya desarrollada en los antecedentes del recurso) se interesa la integración del *factum* (previo examen de los autos por esta Sala), y se reprocha a la resolución recurrida deficiencia en la exposición fáctica, por ser incompleta la relación del antecedente segundo, y dispersas y poco explícitas las restantes referencias. La alegación efectuada no merecería especial atención, dado que se no se corresponde con el enunciado del motivo y no ha sido adecuadamente fundamentada desde el punto de vista jurídico, ni tendría mayor interés que el de una mera disquisición dialéctica preparatoria del verdadero motivo del recurso, si no fuera porque la parte recurrente desliza una afirmación que, de ser fundada, podría tener alcance constitucional, al señalar

que la deficiencia aludida «coloca a la parte en una evidente dificultad procesal para la formulación del presente recurso, constitutiva de indefensión que expresamente se denuncia a los efectos procedentes».

La alegación de la parte, en términos benévolos, y aparte el interés parcial que puede motivar el planteamiento formulado, carece de consistencia alguna. La denominada «integración del factum» es una facultad (integrativa) del Tribunal de Casación para complementar una relación histórica incompleta o insuficiente a fin de explicitar la respuesta casacional, pero en modo alguno permite efectuar valoraciones probatorias, ni menos que pueda ser postulada por la parte para la configuración del supuesto fáctico de un motivo. De considerarse defectuosa la motivación fáctica o jurídica de una sentencia, su planteamiento casacional debe realizarse mediante el planteamiento directo del vicio procesal. Por otro lado, resulta injusto el reproche que se hace a la sentencia recurrida. Esta resolución, con exquisitez procesal, formula un riguroso esquema fáctico, y desarrolla los aspectos concretos al tiempo de la motivación jurídica, y lo hace con claridad y con precisión (salvo el *lapsus calami* de las fechas de algunas de las sentencias de esta Sala que cita). No hay dispersión, y la posibilidad, e incluso oportunidad y exigibilidad, de que la consignación fáctica se haga a propósito de la motivación jurídica viene siendo recogida en copiosa doctrina jurisprudencial.

La segunda parte del motivo desarrolla la denuncia de que no se da la relación de dependencia o subordinación jerárquica entre el agente (piloto Sr. Cerisola) y el empresario («Aero Madrid, S. A.») que, con carácter indefectible, viene exigiendo la jurisprudencia para que se pueda aplicar la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 1903 del Código civil. Se citan las sentencias de 17 de noviembre de 1980, 7 de noviembre de 1985, 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 26 de noviembre de 1990, y 5 y 13 de octubre de 1995. Se argumenta que: el piloto Sr. Cerisola no tenía la condición de simple operario; era independiente y autónomo en su ámbito y decisiones; y 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 la autonomía de sus decisiones, no puede ser considerado empleado, ni dependiente, y cualesquiera instrucciones sobre medidas de control y vigilancia que se les pudiera dar resultarían ociosas e inoperantes.

La doctrina jurisprudencial citada es la procedente (con independencia de matizaciones casuísticas acerca de lo que cabe entender por dependencia –las sentencias de 8 de abril de 1996 y 7 de abril de 1997, núm. 295/97, comprenden el colaborador–), y sólo cabe añadir, por razones temporales, otras sentencias posteriores, como las de 12 de febrero y 29 de marzo de 1996, 7 de abril de 1997 (núm. 295/97) y 3 de julio de 1998. Sin embargo, el motivo no puede ser estimado porque el supuesto fáctico aparece claramente sentado en la resolución recurrida («se reconoce, desde un principio, que el instructor era un empleado de Aero Madrid, contratado precisamente para impartir clases prácticas de vuelo para la obtención del título de piloto»), permaneciendo incólume en casación, y la argumentación que se hace en el motivo no afecta a la existencia de la relación de dependencia empresarial a los efectos del artículo 1903, tanto más si se tiene en cuenta que situaciones similares a la que se comenta se dan en todos los casos en que el empleado contratado desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Por otra parte, 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; y además la autonomía en la toma de decisiones inmediatas no implica que se trate de un profesional autónomo que sólo deba rendir cuenta a sí mismo y a cargo de su exclusivo patrimonio. Y todo ello sin perjuicio, asimismo, de lo que se dirá sobre el carácter cuasi-objetivo de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno empresarial.

Por todo ello el motivo no es estimable.

Sexto.–Siguiendo el orden lógico expresado en el Fundamento jurídico segundo *in fine* de esta sentencia procede examinar los motivos sexto y séptimo del recurso, los que se analizan conjuntamente por ser factible la unidad de respuesta, obviando repeticiones innecesarias. El motivo sexto, formulado como subsidiario del quinto, se apoya en la infracción del artículo 1903.4.º CC, en relación con los artículos 1104.1.º, 1105 y 1214 del mismo Cuerpo legal, y el motivo séptimo se sustenta en la infracción del artículo 1249, en relación con los artículos 1903.4.º y 1214, todos ellos del citado Texto legal. En el encabezamiento del sexto se aduce que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de la recurrente; y en el enunciado del séptimo se afirma que la sen-

tencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en «Aero Madrid, S. A.», por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo.

En el desarrollo de los motivos se parte de la base de que para declarar la culpa del artículo 1903.4.º es preciso la existencia de culpa del agente dependiente (se citan las sentencias de 25 de octubre de 1980, 27 de enero de 1983, 9 de enero de 1984, 7 de noviembre de 1985, 15 de julio de 1993, 13 de octubre de 1995 y 11 de marzo de 1996). Se añade que para exigir la responsabilidad por hecho ajeno es necesario acreditar la específica culpa del agente. Y se concluye que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que se cita, para declarar la culpa de éste debe concurrir la previsibilidad. Con base en dichas apreciaciones sostiene que no hay culpa del piloto de la empresa. Como la sentencia recurrida razona sobre la culpabilidad del piloto instructor, el recurso sostiene que tal estimación no es correcta de modo alguno, discrepando de su contenido por basarse en una alegación extemporánea (sobre la altitud de vuelo del avión), fundarse en meras hipótesis en relación con la entrada en barrena del avión (intencionada o no intencionada), sin considerar que la entrada en barrena no fue la causa, sino la consecuencia, y no tomar en consideración que la imprevisibilidad del hecho fue admitida en la demanda, por lo que la calificación de culpabilidad está en clara contradicción con los hechos reconocidos expresamente por la actora.

Los motivos que se examinan no pueden ser acogidos.

En primer lugar, para que se pueda producir la infracción del artículo 1249 CC (falta de acreditamiento del hecho base) es preciso que por el cauce adecuado —error en la valoración de la prueba— se haya obtenido la modificación fáctica correspondiente. En segundo lugar, no se puede producir infracción del artículo 1214 CC cuando se valora la prueba en su conjunto (dice la resolución recurrida: «de ahí que la cuestión se reduzca a determinar si el instructor fue el causante culposo del accidente. Y de la prueba practicada, valorada en su conjunto, se desprende una respuesta afirmativa»). En tercer lugar, no es dable sustituir una apreciación, supuestamente hipotética de la Sala de instancia, por lo demás razonable y nada carente de sentido, por otra no menos hipotética de la parte recurrente. En cuarto lugar, el nexo causal que sirve de engarce a los otros dos elementos de la culpa extracontractual —acción u omisión del agente y daño para la víctima o perjudicados— no plantea cuestión ni en el ámbito de la causalidad material ni en el de la causalidad jurídica —juicio de imputación objetiva—.

El razonamiento de la sentencia de instancia sobre la forma de acontecer el accidente no es lógico o carente de buen sentido, e impensable pueda tildarse de arbitrario o irracional, lo que es suficiente para excluir cualquier debate en casación acerca de si caben hipótesis alternativas meramente especulativas. Además, en situaciones como las de autos, cuando se trata de actividades con singulares circunstancias de riesgo, incluso sin necesidad de especular sobre riesgos especiales derivados de hipotéticas enseñanzas prácticas relativas a situaciones difíciles, maniobras comprometidas o similares, no cabe exigir a los que accionan, en virtud de un derecho de una víctima, o dimanante de ésta, que no puede esclarecer lo acontecido, una completa aportación probatoria para explicar totalmente el «cómo y porqué» de lo acontecido, porque ello supondría colocarlos las más de las veces en situaciones de gran dificultad o imposibilidad (*probatio diabolica*), y ello tanto más si se tiene en cuenta que el entorno del agente acumula el total control de la esfera de actividad desplegada, y de la información sobre su desarrollo, a la que por cierto debe atender con el mayor celo y máximas posibilidades mientras la misma tiene lugar. Ello conlleva a que en tales casos se haya de mantener un criterio de menor exigencia probatoria, menor rigor en la dosis de prueba precisa (coeficiente de elasticidad), pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada, e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso. Por otra parte, en el terreno del juicio de imputación objetiva, la asunción voluntaria del riesgo por la víctima no puede entenderse vaya más allá del caso fortuito, fuerza mayor e imprevisible intervención de un tercero en el desencadenamiento causal. Y, por último, la sentencia recurrida, y ello es especialmente plausible, realiza un esfuerzo argumentativo para explicar la culpabilidad del piloto (imputación subjetiva), y en cambio la parte demandada aquí recurrente no ha justificado el haberse producido el evento por caso fortuito o fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima o de tercero, sin que en modo alguno quepa admitir que la parte actora reconozca en la demanda la falta de culpabilidad del piloto instructor.

Séptimo.—En los motivos segundo y tercero, que también resulta oportuno analizar conjuntamente, se cuestiona la responsabilidad por hecho ajeno de la entidad recurrente, negando la omisión de deberes de vigilancia y control del piloto del avión siniestrado, ni

de la diligencia exigible. En el motivo segundo se alega infracción del artículo 1903.4.º CC en relación con los artículos 1104.1.º del mismo Texto legal 60 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, y 6.1.1, 6.1.2 y 6.1.3 del Reglamento de Circulación Aérea de 18 de octubre de 1971, y en el motivo tercero se aduce la infracción del artículo 1903, párrafo último, del Código civil en relación con el artículo 1214 del Código civil.

La responsabilidad por hecho ajeno que cabe exigir de los empresarios está regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 del Código civil. En el primero se establece la vinculación con el artículo 1902 y la relación de dependencia («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»). En el párrafo cuarto se recoge la alusión específica (son responsables «los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones»). Y en el párrafo sexto se establece la exoneración de responsabilidad («la 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»). El régimen jurídico se complementa con la posibilidad de repetición que prevé el artículo 1904 del mismo Cuerpo legal.

La doctrina jurisprudencial exige, para que se pueda declarar la responsabilidad de que se trata de conformidad con dicha normativa, la existencia de una relación de dependencia entre el sujeto agente y que el evento se produzca dentro del ámbito de la misma o con su ocasión, la culpabilidad (*culpa in operando* o *in omittendo*) del mismo, y la falta de prueba por parte del empresario de haber empleado toda la diligencia para evitar el resultado dañoso. Los tres primeros requisitos ya han sido tratados. Se plantea aquí el examen del último, al cual hacen referencia los dos motivos antes expresados.

La 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. Si las posturas subjetivistas contemplan fundamentalmente la exigencia de una conducta culposa consistente en la omisión de deberes, singularmente en el campo de la elección del sujeto agente o en el de la adopción de medidas de control y vigilancia (*culpa in eligendo* o *in vigilando*), 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 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 doctrina jurisprudencial viene sosteniendo, con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica (art. 3.1 CC), que el precepto que se examina sostiene un caso de responsabilidad «cuasi-objetiva» (entre otras, sentencias de 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996, 3 de julio y 31 de octubre de 1998). 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 demandada (sentencias de 4 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1993 y 29 de marzo y 20 de diciembre de 1996, entre otras), a criterios de admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo (sentencias de 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 28 de febrero de 1992 y 7 de abril de 1997). Obviamente, la aplicación de un criterio más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, porque, 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*. 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.

Lo anteriormente razonado es plenamente aplicable al caso que se examina, y de ello es consciente la propia parte, que no duda implícitamente en reconocer su dificultad para controlar el riesgo creado, por lo que de mantenerse la consecuencia que postula no cabría la responsabilidad empresarial por aquellos riesgos especiales generados por actividades encomendadas a personas de alto nivel técnico. A lo que aún cabe añadir que no cabe escudarse en la adopción de todas las medidas de seguridad y garantía cuando las previsiones adoptadas se muestran insuficientes en la realidad para

evitar eventos lesivos, lo que hace presumir que no se ha producido el agotamiento socialmente adecuado.

Finalmente, *ad omnen eventum*, nos hallamos en casación, y ocurre que en la sentencia de la Audiencia no hay base fáctica que permita apreciar que la parte demandada –aquí recurrente– dio cumplimiento a la exigencia que prevé el último párrafo del artículo 1903 CC.

Por todo ello decaen los motivos expuestos planteados desde una óptica puramente subjetivista, dialécticamente admisible, pero que no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preciona en la interpretación y aplicación del precepto.

Octavo.–En el octavo y último motivo se denuncia infracción del artículo 1103 en relación con el 1903.4.º del Código civil, por no haberse apreciado concurrencia de culpas y hecho uso de la facultad moderadora de la indemnización acordada.

El motivo carece de fundamento porque no hay base alguna para entender que existió interferencia causal o conducta culposa por parte del piloto-alumno (víctima del accidente), por lo que si no se da el antecedente no es posible acoger el efecto consecuente.

Noveno.–La desestimación de todos los motivos comporta la del recurso de casación, y la condena de la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 1715.3 LEC.

II. CUESTIONES QUE PLANTEA LA SENTENCIA

A pesar de la gran atención que nuestra doctrina ha prestado en los últimos años al tema de la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes, se observa que existe una gran discrepancia a la hora de solucionar los múltiples problemas que plantea esta peculiar responsabilidad por hecho ajeno. Además, se han producido algunas reformas legales, destacando la promulgación del nuevo Código penal, que inciden de manera importante sobre la configuración de dicha responsabilidad. El tema, pues, no está en modo alguno agotado, y buen ejemplo de ello es la sentencia de la Sala 1.ª del TS que voy a comentar, en la que, seguramente, por vez primera se tiene muy en cuenta que el dependiente posea una alta cualificación técnica, lo cual acontece normalmente cuando es un profesional liberal (médicos, arquitectos, abogados, etc.), para perfilar el significado de la relación de dependencia y el propio

fundamento de la responsabilidad que disciplina el artículo 1903.IV CC. La verdad es que tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia, hasta la publicación de la sentencia que es objeto de este comentario, han prestado escasa atención al grado de cualificación técnica del dependiente, tal vez porque en este precepto no se tiene en cuenta de manera expresa este dato, que nuestro TS considera, en esta sentencia, esencial, creemos que con acierto, pudiendo suscitarse, con carácter general, la cuestión de si existe un mismo régimen jurídico cuando el dependiente carece de cualificación técnica y cuando la posee en un alto grado, y por ello en qué medida esta circunstancia incide en la propia interpretación del precepto.

El comentario de esta sentencia está en clara conexión con el que hice a la STS de 29 de marzo de 1996 en este *Anuario*, por lo que haré continuas alusiones al mismo¹. Tal vez, algún día, me decida por abordar en su conjunto el análisis del régimen jurídico de la citada responsabilidad, aun reconociendo que existen importantes aportaciones doctrinales, que son tenidas en cuenta en este comentario y en el anteriormente citado. En cualquier caso, sí parece oportuno, debido a la extraordinaria trascendencia social de esta responsabilidad, dar noticia y, en su caso, comentar las más importantes sentencias de nuestro TS, como la presente, de extraordinario interés, y que, sin embargo, ha pasado prácticamente desapercibida, quizás porque son numerosas las sentencias que en torno al artículo 1903.IV CC se publican cada año.

Las cuestiones básicas que se abordan en esta sentencia tienen que ver con la relación de dependencia, muy poco tratada por la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS, a diferencia de lo que acontece con la de la Sala 2.^a del mismo Tribunal, la culpa *in operando* del dependiente, cuestión discutida en nuestra doctrina científica, prestándose específica atención al problema, muy importante, de la carga de la prueba, y el fundamento de la propia responsabilidad del empresario, sobre el que existen tesis contrapuestas, de las que da amplia noticia la sentencia.

Es fundamental tener en cuenta que el TS, de manera muy discutible, de igual modo que las sentencias de instancia, considera, aunque no lo diga expresamente, que no estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual del deudor por el daño causado por un auxiliar en el cumplimiento, dato del que tenemos que partir

¹ CABANILLAS, «La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes (comentario a la STS de 29 de marzo de 1996)», *ADC*, 1997, pp. 903-918.

necesariamente al comentar esta sentencia, ya que la misma se enmarca, según el TS, en el ámbito de la responsabilidad aquiliana y, en concreto, en el artículo 1903.IV CC, y por ello nos referimos, en consonancia con el título de este estudio jurisprudencial, a la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por un dependiente de alta cualificación técnica.

Al diferente régimen que existe en nuestro Derecho cuando la responsabilidad del empresario por el daño causado por un dependiente suyo es contractual y cuando la misma es extracontractual nos referimos más adelante con cierta amplitud.

III. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA

En el motivo quinto del recurso se alega que no existe en el piloto (se refiere al piloto instructor o profesor) la subordinación o dependencia requeridas, según las circunstancias, para estimar concurrente la culpa *in vigilando* de la recurrente.

No se da la relación de dependencia o subordinación jerárquica entre el agente y el empresario que, con carácter indefectible, viene exigiendo la jurisprudencia para que se pueda aplicar la responsabilidad por hecho ajeno con fundamento en el artículo 1903.IV CC. El piloto no tenía la condición de simple operario; era independiente y autónomo en su ámbito y decisiones; y 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 responsable de todas las maniobras que efectúe. Por consiguiente, habida cuenta las especiales circunstancias y situación del agente, y la autonomía de sus decisiones, no puede ser considerado empleado, ni dependiente, y cualesquiera instrucciones sobre medidas de control y vigilancia que les pudiera dar resultarían ociosas e inoperantes.

El TS no estima el motivo porque en la resolución recurrida se reconoce que el instructor era un empleado de «Aero Madrid, S. A.», contratado precisamente para impartir clases prácticas de vuelo para la obtención del título de piloto. Existe una relación de dependencia empresarial a efectos del artículo 1903, tanto más si se tiene en cuenta que situaciones similares a la que se comenta se dan en todos los casos en que el empleado contratado desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Por otra parte, 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; y además la autonomía en la toma de decisiones inmediatas no implica que se trate de un profesional autónomo que sólo deba rendir cuenta a sí mismo y a cargo de su exclusivo patrimonio.

Para comprender la doctrina del TS en esta sentencia, es fundamental tener en cuenta que el piloto instructor es un empleado de la empresa «Aero Madrid, S. A.». Parece evidente que existe una relación laboral, por lo que ofrece, en principio, pocas dudas la aplicación del artículo 1903.IV CC. Como apunta Barceló², no plantea problemas la aplicación del artículo 1903.IV CC cuando medie un contrato de trabajo entre los sujetos responsables.

En el ámbito laboral se ha abandonado, merced a una larga elaboración doctrinal y jurisprudencial, la rigidez de los índices a través de los cuales se exteriorizaba la dependencia: asistencia regular y continuada a un lugar de trabajo, percepción de una remuneración fija, existencia de un control del empresario que impartía órdenes y prestación del servicio a una persona con carácter exclusivo o preferente.

En esta línea, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 1.1, se refiere al moderno significado de la dependencia, al establecer el ámbito de aplicación: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario»³.

La regla que aparece en el precepto es la del sometimiento al «ámbito de organización y dirección de otra persona». De esta manera, en relación con la configuración de la dependencia, se ha operado, como afirma Alonso Olea⁴, una transición desde una subordinación que nació, realmente, contemplando tan sólo el trabajo manual, a un poder organizativo o de dirección concebible, si el trabajo es por cuenta ajena, incluso a los servicios más cualificados técnicamente y respecto de las personas cuya potencia económica –precisamente derivada en muchas ocasiones de los conocimientos técnicos que poseen– hace anacrónica y casi ridícula, en sentido económico y por reflejo en sentido jurídico, la noción de

² BARCELÓ, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, p. 223.

³ Sobre este precepto, *vid.* SALA FRANCO y LÓPEZ MORA, «Contrato de trabajo», en *Comentarios a las leyes laborales*, dirigidos por BORRAJO y DACRUZ, *Estatuto de los trabajadores*, I, Madrid, 1990, pp. 3 ss.

⁴ ALONSO OLEA, «En torno al concepto de contrato de trabajo», *ADC*, 1967, pp. 130 ss., esp. p. 132.

subordinación. Por ello, este autor habla de la debilitación de la dependencia en el contrato de trabajo.

La cuestión se ha planteado especialmente en relación con los profesionales liberales. En este sentido, Barceló⁵ observa que existen muchas actividades que exigen un alto grado de especialización, como es el caso de las desarrolladas por los profesionales liberales. En la actualidad es frecuente, por ejemplo, que un médico preste sus servicios en régimen de dependencia con una empresa privada o con la Administración Pública. La dependencia se manifiesta en sometimiento a un horario, en la atención controlada de los enfermos, etc.; pero existe siempre un ámbito de actuación que escapa al control empresarial y que corresponde, precisamente, al momento en que el médico aplica sus conocimientos sobre el paciente para intentar su curación. El problema no es otro que determinar si el artículo 1903.IV CC tendrá aplicación también en el supuesto en que el daño producido proviene de esa esfera de actuación técnica no controlable por el empresario.

Frente a 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 técnico⁶, otros entienden que la norma que declara la responsabilidad por hecho ajeno es aplicable a toda situación, sin hacer ninguna excepción en la esfera técnica de su actividad⁷.

En línea con el pensamiento de Yzquierdo Tolsada, que exponemos con amplitud, Barceló⁸ subraya que si un médico, un abogado o un arquitecto, por citar tres ejemplos de los más característicos, pueden prestar sus servicios por medio de un contrato de trabajo (art. 1.1 ET), no vemos por qué motivo la independencia o autonomía para ejercer la profesión en su aspecto técnico debe ser un obstáculo para aplicar el artículo 1903.IV CC. Lo cierto es que la jurisprudencia del TS no pone reparos en considerar como dependientes *ex* artículo 1903.IV CC, por ejemplo, a los médicos

⁵ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 213-214.

⁶ GITRAMA, «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Dr. D. y Serrano y Serrano*, t. I, Valladolid, 1965, p. 364; LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988, p. 301.

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 67; «Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 22 de febrero de 1991», *CCJC*, 1991, núm. 26, pp. 397 y 398; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, pp. 268 y 269; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 279; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 214 y 215; Díez SOTO, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por COBO DEL ROSAL, t. IV, Madrid, 2000, p. 697.

⁸ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 214 y 215.

del Insalud, lo cual reafirma, sin entrar ahora en el problema de la jurisdicción competente que subyace en este tipo de casos, la posición aquí defendida.

La cuestión ha sido examinada de manera extensa y con notable acierto por Yzquierdo Tolsada en varios estudios.

Yzquierdo Tolsada⁹ considera que hay razones para defender la responsabilidad del empresario en todo caso, aplicando el artículo 1903.IV CC, sin distinción entre las esferas de actividad dependiente e independiente. No siendo la culpa *in vigilando* el auténtico fundamento de la responsabilidad declarada en éste y en los demás párrafos del artículo 1903, poco importa que el daño ocasionado lo haya sido en el desenvolvimiento de una actividad controlable o no controlable. La independencia técnico-profesional se manifiesta, por tanto, a la hora de precluir las injerencias del empresario sobre una actividad plenamente liberal, pero, a efectos de la responsabilidad civil, el artículo 1903.IV debe jugar en todo caso, siendo indiferente el origen del error, la impericia o la negligencia.

Comentando la STS de 22 de febrero de 1991 (RAJ 1587), que parece seguir una línea diferente a la de la sentencia que comentamos, Yzquierdo Tolsada¹⁰ señala que la opción que maneja la sentencia es que el empresario responde por los perjuicios causados por sus dependientes en tanto sean precisamente dependientes, y allí donde lo sean, por lo que en la labor puramente técnica e independiente del trabajador sólo éste responde por hecho propio.

Parece ser ésta la solución que acoge la sentencia, al haber sido el daño consecuencia de una pretendida inobservancia de las obligaciones puramente profesionales. Me parece, no obstante, que no es una solución adecuada, y que además constituye una opción peligrosísima, de adoptarla como regla general, pensando en la dificultad que en ocasiones supondrá distinguir las obligaciones propias de una esfera y las propias de otra (así, no visitar al paciente durante el posoperatorio es obligación controlable por la empresa, pero en caso de hacerlo precipitadamente y sin la atención debida ya es más difícil establecer si se trata más bien de incumplimiento de una obligación propia de la esfera técnica). Por otra parte, decidirse siempre por la responsabilidad de la empresa, aparte de evitar estos problemas prácticos, supone una adecuada interpretación de los textos legales, que no distinguen entre las aludidas esferas de deberes; y va más en consonancia con las actuales orientaciones de la

⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., p. 67.

¹⁰ CCJC, 1991, núm. 26, pp. 397 y 398.

responsabilidad civil. Poco importa que el daño ocasionado lo haya sido en el desenvolvimiento de una actividad controlable. La independencia técnico-profesional se debe manifestar, por tanto, sólo a la hora de precluir las injerencias del empresario sobre una actividad plenamente liberal; pero a efectos de la responsabilidad las reglas generales deben jugar en todo caso, siendo indiferente el origen del error, la impericia o negligencia. Otra cosa serán las pertinentes acciones de regreso de que pueda disponer el empresario contra el empleado una vez satisfecha la indemnización.

Más recientemente, Yzquierdo Tolsada ¹¹ considera en el mismo sentido que no se ciñe la responsabilidad empresarial a los casos en que existe control o dirección técnica, pues los profesionales de la medicina o de la arquitectura también van a ser dependientes a efectos de la norma, por más que su actividad no sea controlable por el empresario: la independencia propia de sus elevados conocimientos técnicos precluyen las injerencias del empresario sobre lo que es una ejecución plenamente liberal de la *lex artis*, pero, a los efectos de la responsabilidad, este autor observa atinadamente que no cabe deducir de ello, como hace Gitrama ¹², que el organismo que con el médico contrató los servicios de éste, no puede ser considerado responsable de las faltas cometidas por el mismo en la práctica de su arte, limitando con ello la responsabilidad de ese organismo a los supuestos en que la falta del médico respecto del enfermo deriva de alguna actuación fácilmente controlable por la entidad (régimenes de consulta y de visitas, por ejemplo) ¹³.

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

¹¹ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 268 y 269.

¹² GITRAMA, *op. cit.*, p. 364.

¹³ En análogo sentido se pronuncia LLAMAS POMBO (*op. cit.*, p. 301), que afirma que si se mantiene a toda costa la independencia del médico en su actividad técnica no es lógico hacer responder a la clínica, la que nada tiene que ver con tal actividad, de los daños que en el seno de la misma se irroguen.

Aunque Yzquierdo Tolsada ¹⁴ para reforzar su punto de vista se refiere a la STS de 19 de febrero de 1972 (RAJ 287) ¹⁵, que considera un buen ejemplo, tras exponer su tesis, que compartimos plenamente y que en términos semejantes es la acogida por numerosos autores y Tribunales extranjeros ¹⁶, la sentencia que comentamos es la que con mayor claridad, amplitud y fuerza convincente pone de relieve en nuestro Derecho que el hecho de que el empleado contratado desarrolle una labor de alta cualificación técnica (como la que lleva a cabo el piloto instructor, en el caso de la sentencia, y, en general, cualquier profesional liberal, como el médico, el arquitecto o el abogado) no impide que exista una relación de dependencia empresarial a efectos de la aplicación del artículo 1903.IV CC; lo cual es importante para la protección de la víctima, teniendo en cuenta la manera en que nuestra jurisprudencia lo ha interpretado, perfectamente descrita en la sentencia que es objeto de este comentario, y en la de 26 de febrero de 1996, que también comentamos en este Anuario ¹⁷.

Conviene observar, para clarificar la cuestión, que la figura del dependiente de alta cualificación técnica es totalmente diversa de la del denominado en el Derecho anglosajón *independent contrac-*

¹⁴ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 269, nota 37; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280.

¹⁵ YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 269, nota 37; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., pp. 279 y 280) observa que prueba de las dificultades que en la práctica arroja tener que distinguir entre la esfera plenamente controlable por el empresario y la que escapa de tal control es la sentencia de 19 de enero de 1972 (RAJ 287): ante el fallecimiento de una parturienta producido por la infección de los restos de placenta que habían quedado sin expulsar, el Tribunal afirma como consecutivas e intolerables negligencias omisivas: el deber de residencia en Tarrasa (habiendo sido ya sancionado disciplinariamente por este incumplimiento) y el hecho de que con laudable celo se le advirtió por su ayudante y subordinado la necesidad imperiosa de un legado con anestesia (advertencia que fue desatendida). Cosa distinta habría sucedido, probablemente, si la paciente hubiese elegido y contratado libremente los servicios de un ginecólogo que no tenía relación alguna de dependencia laboral ni profesional con el sanatorio.

¹⁶ Concretamente, en el Derecho francés, JOURDAIN («Nota a Crim. 22 de marzo de 1998», *RTDC*, 1988, pp. 774 ss.) señala que algunas sentencias recientes marcan una tendencia de la jurisprudencia al laxismo en la admisión del vínculo de comisión. En lo sucesivo, una cierta independencia en el cumplimiento de una tarea técnica o en la práctica de un arte no es totalmente inconciliable con la relación de comisión.

VINEY y JOURDAIN («Les conditions de la responsabilité», en *Traité de droit civil*, bajo la dirección de GHESTIN, París, 1998, pp. 865 y 866) observan que los Tribunales admiten que pueden ser considerados como dependientes, para la aplicación del artículo 1384.V CC, no sólo los empleados que no se encuentran situados directamente bajo las órdenes del comitente, sino también las personas que ejercen funciones de dirección en su empresa, así como algunos especialistas en su competencia técnica, de tal manera que eventualmente sus obligaciones deontológicas se sustraen a todo control efectivo en el cumplimiento de su trabajo.

¹⁷ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 903 ss.

tor o del *selbständige Unternehmer* en el Derecho alemán¹⁸, es decir, del contratante independiente, cuya responsabilidad ha analizado con detalle Miquel en su excelente estudio «Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente»¹⁹.

Evidentemente, a los contratantes independientes que actúan por cuenta de otro, pero de forma autónoma, como, por ejemplo, el contratista o el transportista, no es aplicable el artículo 1903. IV CC, ya que falta totalmente el requisito de la relación de dependencia.

Hay un buen número de sentencias del TS en las que los demandados responden por el daño causado por un contratante independiente²⁰. Pero habría que forzar el concepto de dependencia, hasta dejarlo desprovisto de sentido, para incluir en el artículo 1903.IV, por ejemplo, a los contratistas. Por otra parte, resultaría bastante extraño acudir a la idea de que el artículo 1903 contiene una enumeración abierta para llegar a la conclusión de que también se responde por el hecho del que actúa con independencia²¹.

Tiene razón Miquel²² cuando observa que el artículo 1903 no tiene por función excluir que allí donde no haya relación de dependencia no pueda existir responsabilidad por el daño causado por otro.

Parece bastante claro que si la responsabilidad por hecho ajeno se basa en algunos casos en una culpa *in eligendo*, podrá existir responsabilidad por el hecho de un contratante independiente, porque es indiferente la independencia a estos efectos.

Como puntualiza Barceló²³, teniendo en cuenta diversas sentencias del BGH, en el Derecho alemán va tomando cuerpo la idea de que el titular de la empresa, que puede crear especiales peligros y al que incumben también especiales deberes de prevención de los mismos, no puede liberarse de responsabilidad o aminorarla a través de contratantes independientes (cfr. Kötz, *Deliktsrecht*. Berlín, 1991, p. 103).

La responsabilidad del empresario por los daños causados por un contratante independiente que actúa por cuenta de aquél se basa no en el artículo 1903, sino en el artículo 1902 CC, como consecuencia

¹⁸ Sobre la responsabilidad por un contratante independiente en el Derecho inglés y en el Derecho alemán, BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 125 ss. y 142 ss.

¹⁹ Publicado en este Anuario, 1983, pp. 1501 ss.

²⁰ Amplia información jurisprudencial por MIQUEL, *op. cit.*, p. 1504.

²¹ MIQUEL, *op. cit.*, p. 1505.

²² MIQUEL, *op. cit.*, p. 1507.

²³ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 143.

de haber incurrido en culpa *in vigilando*, la cual se presume de acuerdo con nuestra jurisprudencia en torno al artículo 1902 CC²⁴.

La circunstancia de que el empleado contratado desarrolle una actividad de alta cualificación técnica, como la que realiza el piloto instructor en el caso de la sentencia que comentamos y, en general, cualquier profesional liberal, no impide, como vimos, que exista una relación de dependencia a efectos de la aplicación del artículo 1903.IV CC, y, por tanto, no estamos ante el citado supuesto de responsabilidad extracontractual por los daños causados por un contratante independiente.

Hay que observar también que nuestra jurisprudencia, tanto civil como penal, entiende en sentido amplio la noción de dependencia, que significa cada día más actuación en beneficio o con el beneplácito del empresario. La evolución hacia el entendimiento de la relación de dependencia en este sentido es especialmente evidente en la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS en torno al antiguo artículo 22 CP (en la actualidad, el artículo 120 del nuevo CP, aprobado por la LO de 23 de noviembre de 1995)²⁵.

Esta doctrina jurisprudencial no es ajena a la imperante en el panorama del Derecho comparado, siendo significativo que en el Derecho francés, como observan Viney y Jourdain²⁶, todas las decisiones de los Tribunales revelan que el elemento esencial para definir la relación de comisión (dependencia) no es hoy en día la subordinación, sino más bien el hecho de actuar por cuenta del comitente (empresario) y en su beneficio.

No obstante, Sierra²⁷ tiene razón cuando, al referirse a los indicios que, según nuestra jurisprudencia, examinada exhaustivamente por esta autora, ponen de manifiesto la relación de dependencia²⁸, observa que la obtención de beneficio, aunque de él se hable prácticamente en todas las sentencias de responsabilidad del empresario, es un indicio totalmente incierto, que no se emplea de forma aislada y del cual, pensamos, que sería mejor olvidarse. No consideramos que el beneficio tenga ninguna entidad real.

²⁴ Una solución análoga se defiende en el Derecho alemán, aplicándose el § 823 en lugar del § 831 BGB (cfr. KÖTZ, *Deliktsrecht*, Berlín, 1991, p. 103).

²⁵ Exhaustiva información jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 215 ss.; SIERRA, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997, pp. 155 ss.; ZELAYA, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente*, Navarra, 1995, pp. 291 ss.; DE ÁNGEL, *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2013 ss.; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, con la colaboración de LATORRE ARMERO, Valencia, 2000, p. 103.

²⁶ VINEY y JOURDAIN, *op. cit.*, p. 866.

²⁷ SIERRA, *op. cit.*, p. 195. También DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 693 y nota 100.

²⁸ SIERRA, *op. cit.*, pp. 166 ss.

A nuestro juicio, la protección de la víctima, que se ve facilitada extraordinariamente por la aplicación del artículo 1903.IV CC, es la que, en última instancia, justifica, no la disolución del vínculo de dependencia, que es exigido legalmente, pero sí, al menos, el entendimiento de la noción de dependencia en el sentido más amplio posible, lo cual es permitido por una interpretación teleológica y en consonancia con la realidad social (art. 3.1 CC).

Nos parece evidente que concebir la relación de dependencia en sentido amplio, entendiéndola, en línea con la doctrina de la Sala 2.^a del TS, fundamentalmente, como actuación que cuente con la autorización, beneplácito o voluntad anuente del empresario, implica una dirección jurisprudencial perfectamente defendible, que se adecua a las nuevas ideas, que hacen responsable al titular de la organización por todos los daños a terceros que sean reconducibles a la actividad desarrollada en el seno de la empresa²⁹. La dependencia no es preciso circunscribirla exclusivamente al sometimiento a las órdenes del principal (subordinación), sino que, atendiendo a una interpretación finalista, acorde con la realidad social (art. 3.1 CC), tanto del artículo 1903.IV CC como del artículo 120.4.º CP, cabe entender la relación de dependencia de la manera descrita³⁰.

A nuestro juicio, el concepto de dependencia es un concepto jurídico en buena medida indeterminado. Incluso en el marco del Derecho del trabajo, como destaca Barceló³¹, la dependencia no es un concepto fácil de elaborar. Existen diversas acepciones que permiten hablar de una dependencia social, económica, técnica y jurídica y, además, presenta, como otros muchos conceptos jurídicos, un cierto carácter indeterminado. A este respecto, Rodríguez Piñero³² señala que no es, así, concepto valorable rígidamente, ya que no es un concepto firme e inmovible, sino que tiene un cierto carácter indeterminado. En la vida jurídica esto sucede con muchos conceptos e incluso con muchas figuras contractuales, y es inevitable.

Si esto es así, no parece que existan obstáculos insalvables para entender la relación de dependencia de una manera amplia y flexi-

²⁹ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 211) considera que estas nuevas ideas sólo se pueden tener muy en cuenta desde el punto de vista de *lege ferenda*, ya que no parecen tener cabida en los estrechos moldes del artículo 1903.IV CC, anclado en una visión individualista y que optó, en su momento, por exigir responsabilidad sólo por aquellos autores materiales situados en posición de subordinación o dependencia.

³⁰ Ya expusimos como ALONSO OLEA alude a la debilitación de la dependencia en el contrato de trabajo y a la crisis de la noción de subordinación. Ver nota 4.

³¹ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 212.

³² RODRÍGUEZ PIÑERO, «La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del trabajo», en *Revista de Política Social*, 1966, p. 160.

ble, acorde con la realidad social del tiempo en que vivimos, es decir, en consonancia con las nuevas ideas, a las que aludimos con anterioridad, lo cual es exigido por el artículo 3.1 CC (puede sorprender al lector que insistamos tanto en que ha de aplicarse esta norma, pero esto es debido a que este criterio interpretativo es especialmente importante en cuestiones como las que tratamos). Además, creemos que el propio texto del artículo 1903.IV CC permite, sin duda, diversas interpretaciones, unas más estrictas y otras más amplias o flexibles, como se advierte en la doctrina y la jurisprudencia, y muy especialmente a la hora de determinar el significado de la relación de dependencia, presupuesto legal de aplicación de dicho precepto.

Sin embargo, compartimos la dura crítica de Barceló³³ a la doctrina de la Sala 2.ª del TS, en el sentido de que implica una dirección jurisprudencial incompresible, calificable, sin duda, de interpretación *contra legem*, en relación con aquellas sentencias que, incluso de forma abierta, prescinden de la dependencia, al recoger la expresión «con dependencia o sin ella» (SSTS de 13 de abril de 1981, RAJ 1637; 26 de enero de 1984, RAJ 412; 18 de octubre de 1984, RAJ 4858; 16 de diciembre de 1992, RAJ 10298). Una cosa es entender en sentido amplio la relación de dependencia y otra, muy distinta, propugnar la disolución del vínculo de dependencia, lo cual choca frontalmente con la ley, y, por tanto, no es admisible.

En esta línea tiene razón Barceló y la generalidad de la doctrina³⁴ al criticar la jurisprudencia de la Sala 2.ª del TS cuando ha permitido, de acuerdo con el derogado artículo 22 CP, hacer responsable a quien presta gratuitamente un vehículo de motor por los daños causados por el conductor³⁵. El afán por encontrar una persona que afronte la indemnización ha sido, a buen seguro, la razón que ha impulsado a nuestros Tribunales penales a aplicar el artículo 22 CP a situaciones en que no existe realmente dependencia, ni siquiera si esta noción es interpretada con la mayor amplitud.

Por este motivo Yzquierdo Tolsada³⁶ subraya que el apartado 5.º del artículo 120 del nuevo CP constituye una importantísima novedad, que ya se recogía en el Proyecto de 1992 (art. 121. 6.º). No sólo se consagra la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares

³³ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 218-219.

³⁴ BARCELÓ, *op. cit.*, 247; «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», en *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, 1993, núm. 8, p. 268; ZELAYA, *op. cit.*, p. 372; SIERRA, *op. cit.*, p. 231.

³⁵ Exhaustiva información jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 247 ss.; «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», *cit.*, pp. 270 ss.; ZELAYA, *op. cit.*, pp. 378 ss.; SIERRA, *op. cit.*, pp. 240 ss.

³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal, cit.*, p. 290.

de vehículos por los delitos cometidos por sus dependientes o representantes, sino también por los que cometan cualesquiera personas autorizadas por ellos. Con la aprobación de una norma como ésta se ha acabado de una vez por todas con la tradicional hipocresía que venía consistiendo en hallar un concepto tan elástico del término dependencia que permitía hacer responsable a quien prestaba gratuitamente un vehículo de motor por los daños causados por el conductor, es decir, por persona que no guardaba dependencia alguna con su dueño.

Refiriéndose al artículo 120.6.º del Proyecto de 1994, cuyo texto es similar al del artículo 120.5.º CP, Barceló³⁷ subraya que el inconveniente básico de la falta de dependencia que existe entre quien cede el vehículo y quien causa directamente el daño³⁸, es motivo más que suficiente para que se introduzca, en nuestras leyes, una norma que aborde la cuestión de la responsabilidad que deriva de los daños causados en el préstamo amistoso de vehículos.

La inclusión de esta norma es muy acertada, y viene a confirmar que el artículo 22 CP no era una solución adecuada para los problemas de responsabilidad civil que derivan del uso de automóviles por personas autorizadas. En la nueva norma se incluyen tanto los supuestos de cesión gratuita como de alquiler de vehículo y se recoge la conducción de vehículos por dependientes, todo lo cual evitará el recurso al artículo 120. 4.º CP.

³⁷ BARCELÓ, «La reparación de los daños derivados del préstamo de vehículos. Perspectivas de una reforma», *cit.*, pp. 276 ss.

³⁸ En este sentido, DÍEZ SOTO (*op. cit.*, pp. 680-681), que destaca que recurriendo al derogado artículo 22 CP se ha llegado en muchos casos a una evidente desfiguración de los presupuestos exigidos por la norma, especialmente en lo relativo a la relación de dependencia entre el autor material del daño y la persona llamada a responder subsidiariamente o, simplemente, a un total desconocimiento de los mismos. Con lo que, en definitiva, el artículo 22 ha terminado por ser aplicado en supuestos para los que no estaba pensado; así, en materia de daños derivados de la utilización de un vehículo de motor, se ha condenado como responsable civil subsidiario al titular del mismo en supuestos de préstamo amistoso o familiar, de arrendamiento de vehículo sin conductor o, incluso, de depósito de vehículo en un taller para su reparación.

DÍEZ SOTO (*op. cit.*, p. 658) observa que la más correcta delimitación que, desde el punto de vista del ámbito subjetivo de aplicación, supone el nuevo artículo 120.4.º CP frente a la amplísima interpretación que se venía haciendo del antiguo artículo 22 CP puede ayudar a reconducir en cierta medida el juego de los criterios propios de la responsabilidad vicaria a su esfera natural de actuación: la de la actividad empresarial. De este modo podrá superarse la grave distorsión que suponía la aplicación de ese mismo modelo, tal como aparecía configurado en el artículo 22, a supuestos mucho menos adaptables al mismo, como el de los maestros o el de los vehículos de motor, en los que pierde en gran parte su sentido el recurso a las ideas de obtención de un beneficio y creación de un riesgo como fundamento de la responsabilidad por hecho de un tercero, a menos que se fuerce de un modo absolutamente irrazonable el significado propio de tales conceptos. Ambas ideas han sido manejadas constantemente por la jurisprudencia penal.

Pero, repetimos, nuestro TS no lleva a cabo una disolución del vínculo de dependencia cuando el agente actúa con la anuencia o el beneplácito del empresario. Por ello compartimos plenamente el punto de vista de Roca Trías³⁹, con la que coincidimos en casi todo a la hora de interpretar el artículo 1903.IV CC. Como afirma esta excelente jurista, muy sensible a los problemas que plantea la realidad social, para que se produzca la responsabilidad del empresario se requiere que exista una relación de dependencia entre empresario y el causante del daño. Aunque ello no significa que la relación deba tener un carácter jurídico definido y así entiende que existe esta relación cuando el agente realiza cualquier trabajo, función o tarea, siempre que cuente con la autorización, beneplácito o voluntad del principal. Dependencia significa, en definitiva, obrar por cuenta de otro, aunque se haya abierto el concepto y signifique cada día más la actuación con beneplácito del empresario.

Con acierto, esta autora no alude, como indicio de la relación de dependencia, al beneficio empresarial, coincidiendo en este aspecto, sin decirlo expresamente, con Sierra, que, según expusimos anteriormente, considera este indicio totalmente incierto. No obstante, hay que subrayar que en pocas sentencias este indicio se emplea de forma aislada. Como observa Sierra⁴⁰, son escasas las sentencias en que la dependencia se aprecia exclusivamente de acuerdo con este indicio, citando tan sólo las de 5 de diciembre de 1989, de la Sala 2.ª (RAJ 9439), y 11 de octubre de 1990, de la Sala 1.ª (RAJ 7861).

A nuestro juicio, el artículo 120.4.º del nuevo CP confirma la posibilidad de entender de una manera amplia o flexible la relación de dependencia, especialmente por la expresa mención de los «representantes o gestores», como alternativa a los «empleados o dependientes»⁴¹. Se plantea incluso la cuestión de si la modificación introducida implica la sustitución del criterio de la dependencia por el de la simple titularidad del interés gestionado. De esta manera cabría la posibilidad de hacer responsable al titular del interés gestionado por la vía del artículo 120.4.º CP, aun en aquellos casos en que el representante o gestor sea un contratante independiente, no subordinado jerárquicamente a aquél. Sin embargo, Díez Soto⁴² considera que más bien se ha producido una clarificación respecto al sentido que ha de darse al concepto de dependencia a efectos del propio precepto. La dependencia no podrá entenderse

³⁹ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 104.

⁴⁰ SIERRA, *op. cit.*, pp. 194-195.

⁴¹ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 695-696.

⁴² DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 695-696.

en un sentido puramente jerárquico, sino también como sumisión a las instrucciones eventualmente dictadas por el *dominus negotii*; de ahí que, en general, deba descartarse la aplicación en supuestos en los que no se dé esta última circunstancia, como serían, por ejemplo, los casos de representación legal o de gestión oficiosa.

La tesis expuesta, que ciertamente implica un ensanchamiento del vínculo de dependencia, aunque no su desaparición, presupone, para su adecuada justificación, que la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, como hemos defendido en el citado comentario a la STS de 29 de marzo de 1996 en este Anuario y como afirma la sentencia que comentamos, en línea con una constante doctrina jurisprudencial, a la que nos referimos más adelante.

Con notable acierto, Sierra⁴³ destaca la enorme importancia que para establecer el significado de la dependencia tiene que se adopte una concepción subjetiva u objetiva de la responsabilidad del empresario.

Para aquellos que proclaman una concepción subjetiva de la responsabilidad del empresario, basada en una culpa, ya sea *in eligendo* o *in vigilando*, el poder de dirección del mismo se especificará al máximo. Comenzará por una libertad en la elección del empleado, cuya misión a desempeñar se fijará por el empresario, estableciendo el cómo, cuándo y con qué medios ha de llevarse a cabo y vigilando, mientras sea posible, su ejecución. Si la libertad del empresario se ve mermada para el desarrollo de estas facultades que se considera que le pertenecen, habrá que suponer que no existe la relación de dependencia y, por tanto, no nacerá para él la responsabilidad por la actuación dañosa de su empleado, ya que ésta no se deberá a su culpa, pues no puede incurrir en culpa *in eligendo* quien no sólo no puede vigilar la ejecución de las órdenes por él dadas, sino ni siquiera decir cómo deberán ejecutarse tales órdenes.

Frente a la concepción subjetiva expuesta, se propugna hoy en día por algunos autores una concepción más objetiva, que incide en el propio significado de la relación de dependencia.

Se habla hoy de que el empresario responde de la actuación de quien introdujo en la actividad empresarial, con lo que la relación entre empresario y empleado basada en la elección y en la vigilancia pasa a considerarse ahora, bajo una concepción más objetiva, desde la perspectiva de la propia actuación del agente; se tiene en

⁴³ SIERRA, *op. cit.*, pp. 150 ss.

cuenta la dependencia económica y social o el aprovechamiento de la actividad ajena.

Como tantas veces se ha dicho, la estructura empresarial ha variado considerablemente desde la redacción de los Códigos de la mayoría de los países, entre ellos el nuestro, y las empresas actuales tienen una organización en cierto modo inversa a la de entonces. Si en las empresas artesanales los empleados aprendían la técnica a aplicar precisamente de su patrono, hoy el empresario es normal que contrate a personal especializado, precisamente para que realice aquellos cometidos que, siendo necesarios en la actividad empresarial que desarrolla, exceden de sus conocimientos, ya que precisan una especial preparación. Incluso en ocasiones y precisamente por el proceso de evolución que el mundo empresarial continúa experimentando, la contratación puede llevarse a cabo no con una persona física, sino con otra empresa que posee la especialización necesaria para llevar a cabo esa singular función.

Como señala Sierra⁴⁴, 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 el aprovechamiento de la actividad ajena o esa dependencia económica o social y también, 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.

La interpretación que defendemos sobre la relación de dependencia, que implica entenderla en el sentido más amplio posible, en consonancia con la objetivación de la responsabilidad del empresario *ex artículo 1903.IV CC*, pero sin determinar la disolución del vínculo de dependencia, es la que mejor armoniza, como dijimos, con la moderna tendencia que trata de hacer responsable al titular de la organización empresarial por todos los daños a terceros que sean reconducibles a la actividad desarrollada en el seno de la empresa.

En esta línea, al analizar con rigor y acierto la evolución de la relación de dependencia en el marco de la responsabilidad vicaria, Zelaya⁴⁵ pone de relieve cómo la moderna interpretación del vínculo de dependencia (dirección y control potencial) ha hecho posible –según Eörsi– extender mucho el ámbito protector de la responsabilidad por los dependientes, removiendo de su centro y fun-

⁴⁴ SIERRA, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁵ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 301 ss. y 417 ss.

damentación la intención subjetiva o la culpa del empleador, reemplazándola por la idea de riesgo de empresa (ya hemos expuesto, de acuerdo con Sierra, la enorme importancia que para establecer el significado de la dependencia tiene que se adopte una concepción subjetiva u objetiva de la responsabilidad del empresario). Con ello se ha pasado desde la 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; ahora adquiere relevancia jurídica el hecho de si el empresario o principal conserva una autoridad final o global sobre la actividad del agente directo del daño.

La dependencia funcional se caracteriza esencialmente por la actuación en interés y por cuenta del empresario, es decir, por el carácter ajeno del interés gestionado. El empresario será civilmente responsable frente a la víctima toda vez que el agente directo del daño no actúa en la gestión exclusiva de su propio negocio, sino que, en el fondo, gestiona el negocio y actúa en interés del patrimonio del empresario principal.

Recientemente, la Sala 1.^a de nuestro TS, en sentencias de 24 de marzo de 2001 (RAJ 3986) y 19 de junio de 2001 (RAJ 4974), tiene en cuenta el criterio de la dependencia funcional, en línea con lo anteriormente expuesto. En concreto afirma la de 19 de junio de 2001, para justificar la aplicación del artículo 1903.IV CC, que cuando las deficiencias de los servicios que se compromete a prestar la entidad (en el caso de la sentencia, una entidad sanitaria) se produzcan dentro del círculo de los médicos, personal sanitario, centros y médicos concertados o contratados por aquélla a efectos de la realización de dichos servicios existe presumida por la ley la relación de dependencia a que aquel precepto se refiere, 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 aquéllos para que se produzcan los supuestos normativos de responsabilidad directa y objetiva, lo que no excluye, a efectos internos, que la entidad demandada aseguradora pueda reclamar, dentro de su esquema sanitario, de quien o quienes produjeran los concretos perjuicios.

La de 24 de marzo de 2001 afirma también la existencia de una relación de dependencia funcional. Aunque no se trate de efectiva dependencia laboral, la afirmación de carácter colaborador del especialista permite la aplicación del artículo 1903 CC (sentencia de 8 de abril de 1996).

Para evidenciar al amplitud con que nuestro TS entiende la relación de dependencia, también es importante poner de relieve cómo

el mismo configura la relación de dependencia cuando el dependiente es una empresa. En la Sentencia de 27 de mayo de 2002 (RAJ 7137) afirma que en relaciones entre empresas como las habidas en este caso sólo se exige que aquella que haya encargado a otro la realización de determinados trabajos mantenga *alguna* vigilancia o injerencia en el desarrollo de éstos (Sentencias de 4 de mayo de 1982, 26 de junio de 1984 y 4 de abril de 1997).

IV. LA CULPA DEL DEPENDIENTE. EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

En el motivo sexto del recurso se aduce que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado para de ello derivar incorrectamente la responsabilidad de la recurrente.

En el enunciado del séptimo se afirma que la sentencia recurrida establece indebidamente una presunción de culpa en «Aero Madrid, S. A.», por supuesta actuación culposa del piloto, causante del daño, cuando dicha culpa no concurría en el mismo.

En el desarrollo de los motivos se parte de la base de que para declarar la responsabilidad *ex* artículo 1903.IV CC es precisa la existencia de culpa del agente dependiente (se citan las sentencias de 25 de octubre de 1980, 27 de enero de 1983, 9 de enero de 1984, 7 de noviembre de 1985, 15 de julio de 1993, 13 de octubre de 1995 y 11 de marzo de 1996). Se añade que para exigir la responsabilidad por hecho ajeno es necesario acreditar la específica culpa del agente. Y se concluye que, con arreglo a la doctrina jurisprudencial que cita, para declarar la culpa de éste debe concurrir la previsibilidad. Con base en dichas apreciaciones se sostiene que no hay culpa del piloto instructor, por lo que debe decaer la responsabilidad por hecho ajeno de la empresa.

El TS coincide con la recurrente y la sentencia recurrida en que es precisa la culpa del dependiente (en nuestro caso, el piloto instructor) para que pueda aplicarse el artículo 1903.IV CC. Sin embargo, a diferencia de la recurrente, que considera que la sentencia recurrida ha calificado indebidamente de culposa la conducta del piloto del avión siniestrado, y de acuerdo con la sentencia recurrida, sostiene que ha quedado acreditada la conducta culpable del piloto instructor.

La sentencia recurrida, confirmada por el TS, sostiene que la cuestión se reduce a determinar si el piloto instructor fue el causan-

te culposo del accidente. Y de la prueba practicada, valorada en su conjunto, se desprende una respuesta afirmativa.

El TS considera, además, que en situaciones como las de autos es adecuado facilitar la prueba de la conducta culpable del dependiente, que, como sabemos, es un piloto instructor, que desarrolla una labor de alta cualificación técnica; lo cual no sólo tiene importancia para perfilar el significado de la relación de dependencia, sino también respecto a la prueba de la culpa de aquél. Por ello entiende el TS que hay que mantener un criterio de menor exigencia probatoria, menor rigor en la dosis de prueba precisa (coeficiente de elasticidad), pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido, las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso.

Hay que tener en cuenta que exigir a los que accionan una completa aportación probatoria para explicar totalmente el cómo y el porqué de lo acontecido, supondría colocarlos las más de las veces en situaciones de gran dificultad o imposibilidad (*probatio diabolica*), y ello tanto más si se tiene en cuenta que el entorno del agente acumula el total control de la esfera de actividad desplegada, y de la información sobre su desarrollo, a la que por cierto debe atender con el mayor celo y máximas posibilidades mientras la misma tiene lugar.

Estas consideraciones explican que el TS considere especialmente plausible el esfuerzo de la sentencia recurrida para explicar la culpabilidad del piloto (imputación subjetiva), y, en cambio, la parte demandada aquí recurrente («Aero Madrid, S. A.») no ha justificado el haberse producido el evento (el accidente aéreo) por caso fortuito o fuerza mayor, o culpa exclusiva de la víctima o de tercero, sin que en modo alguno quepa admitir que la parte actora reconoce en la demanda la falta de culpabilidad del piloto instructor.

La mayoría de los autores y la jurisprudencia de manera reiterada consideran que es imprescindible para que pueda aplicarse el artículo 1903.IV CC la culpa del dependiente⁴⁶. Este presupuesto

⁴⁶ Ni siquiera cabe plantear la cuestión cuando se trata de la responsabilidad prevista en el artículo 120.4.º CP, ya que la culpa del dependiente o gestor es inexcusable para que el empresario responda. Hay que tener en cuenta que éste sólo responde cuando los daños sean consecuencia de un delito o falta cometido por el dependiente o gestor, que además resulta insolvente para hacer frente a la responsabilidad civil. No bastan así las abstractas faltas de servicios ni culpas más o menos anónimas, precisándose una inicial imputación criminal a título de dolo o culpa (art. 10 CP) (YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 276). Como observa Díez Soto (*op. cit.*, p. 687), la declaración judicial acer-

de aplicación del citado precepto es reconocido por la sentencia que comentamos, así como por la sentencia recurrida y también por la empresa recurrente, radicando el problema en determinar si la conducta del piloto instructor fue culposa o no lo fue, puesto que de esto dependía que la empresa recurrente respondiera o no de acuerdo con el artículo 1903.IV CC.

Nuestra doctrina, de forma mayoritaria, y nuestra jurisprudencia, de manera reiterada⁴⁷, afirman, con una argumentación difícilmente rebatible, que la responsabilidad directa del empresario⁴⁸ exige como presupuesto la culpa *in operando* del dependiente, lo cual es coherente con la lógica de los artículos 1902 y 1903 CC (responsabilidad por hecho ajeno).

La Sala 1.^a del TS y la doctrina dominante se apoyan, sobre todo, en el argumento del enlace directo, legalmente reconocido, entre el artículo 1903.I CC (« la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder») y el artículo 1902 CC.

En este sentido es muy elocuente la STS de la Sala 1.^a de 3 de octubre de 1961 (RAJ 3276) al afirmar, de manera extraordinariamente convincente, que no obstante el matiz en cierto modo objetivista que la jurisprudencia de esta Sala viene imponiendo a la responsabilidad exigible al empresario al amparo del artículo 1903 CC en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por aquél para desvirtuar su presunción de culpabilidad derivada de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* no puede desconocerse que el referido artículo tiene un enlace directo con el precedente,

ca de la comisión de un hecho punible por parte del dependiente, presupuesto inexcusable para la aplicación del artículo 120.IV CP, deja resuelta, a propósito de este precepto, una de las cuestiones que han preocupado tradicionalmente a la doctrina y la jurisprudencia en relación con el artículo 1903.IV CC, como es la relativa a la necesidad de que medie culpa *in operando* del dependiente para que se pueda exigir la responsabilidad del empresario con base en el precepto últimamente citado.

⁴⁷ Exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial por BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 302 ss.; ROCA TRÍAS, «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código civil», *ADC*, 1998, pp. 20 ss.; *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 104; CABANILLAS, *op. cit.*, p. 908; ZELAYA, *op. cit.*, pp. 591 ss.; SIERRA, *op. cit.*, pp. 133 y 135 y nota 122; MORENO QUESADA, «La responsabilidad por hecho de otro en el accidente de tráfico», en *II Jornadas Nacionales de Derecho de Tráfico*, Granada, 1986, pp. 27 y 28; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario*, Madrid, 1971, p. 30; DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Bilbao, 1993, p. 368; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, p. 148; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 277; *La responsabilidad civil del profesional liberal*, cit., pp. 80 y 81.

⁴⁸ La responsabilidad directa del empresario es afirmada de manera constante por la doctrina y la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS, con sólida argumentación, como hemos puesto de relieve el comentario a la STS de 29 de marzo de 1996 (CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 903 ss.). También GÓMEZ CALLE, en Reglero, *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, 2002, pp. 428 y 429, con amplia información doctrinal y jurisprudencial.

del que viene a ser una prolongación o extensión, desprediéndose así de su enunciado al decir que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder», las que enumera en párrafos sucesivos, pero en las que, en principio al menos, ha de ser atribuible un acto u omisión culposo o negligente, porque de lo contrario se sancionaría con una responsabilidad el mero hecho de la dependencia, sin imputación culposa o negligente alguna originaria causante del acto determinante de la obligación de reparación impuesta por el artículo 1902 del citado Cuerpo legal y aunque la responsabilidad de los empresarios en el supuesto que nos ocupa sea directa y no subsidiaria... presupone siempre la existencia de la acción u omisión culposa en el agente causante del daño generador de responsabilidad civil, que define el repetido artículo 1902 CC.

Muy recientemente, la STS de la Sala 1.^a de 24 de junio de 2000 (RAJ 5304), posterior a la que comentamos, subraya en esta dirección que según la jurisprudencia de esta Sala tal atribución de responsabilidad resulta plausible, pues hubo una conducta culposa evidente de los autores materiales del daño, una clara culpa *in operando*, suficiente para imponer al amparo del artículo 1903, número cuarto, del Código civil y constante jurisprudencia de esta Sala, la codigna responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública, ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían.

Ya se funde en la intervención de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por la infracción del deber de cuidado reprochable al titular de la empresa en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, bien se prescinda de tales presunciones y 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 (STS de 7 de noviembre de 1985). En similares términos las sentencias del TS de 20 de diciembre de 1996, 13 de octubre de 1995 y 31 de octubre de 1985.

A pesar de la fuerza convincente de los argumentos esgrimidos por las sentencias transcritas, algunos autores propugnan la responsabilidad del empresario con independencia de la culpa del dependiente, autor material del daño.

Recientemente Gómez Calle⁴⁹, señala que la responsabilidad *ex artículo 1903 CC* no presupone la responsabilidad del agente material del daño con base en el artículo 1902 CC, ni, por tanto, que hubiera culpa de su parte, a pesar de que el TS así lo ha entendido y reiterado, sobre todo a propósito de la responsabilidad del empresario conforme al artículo 1903.IV CC.

Los principales argumentos que esgrime Cavanillas Múgica⁵⁰ para justificar esta tesis, que tiene escaso apoyo jurisprudencial⁵¹, radican en que el artículo 1903.IV CC no menciona expresamente la necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa y el que deba bastar la culpa del empresario si, como se deduce del artículo 1903.IV CC, su responsabilidad es subjetiva.

En este sentido se pronuncia también Barceló⁵², que se refiere a estos argumentos y a otros, como el texto del artículo 1904 CC, el requisito de la culpa del agente material no tiene carácter general en el artículo 1903 CC, la práctica jurisprudencial y la experiencia del Derecho alemán en torno al § 831 BGB, señalando además que aunque la jurisprudencia pueda seguir aferrada a la exigencia de culpa del empleado, más allá de estas declaraciones formales, la imposición de responsabilidad al empresario cuando el dependiente no es identificado marca, sin duda, el inicio de una evolución en la interpretación de este presupuesto que, con toda probabilidad, terminará por prescindir de la culpa del dependiente.

En relación con la posible evolución de la jurisprudencia, por el hecho de que se imponga responsabilidad al empresario cuando el dependiente no es identificado, es problemático inferir que la jurisprudencia vaya a prescindir en todo caso de la culpa del dependiente, máxime cuando éste sea identificado. En realidad, como observa atinadamente Yzquierdo Tolsada⁵³, en este caso hace falta una clarificación legislativa, ya que los binomios «responsabilidad vicaria / culpa *in operando*» y «responsabilidad por culpa / no necesidad de culpa *in operando*» supone dejar sin solución el caso, nada infrecuente, de daño que se ha causado en la actividad empresarial sin

⁴⁹ GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, p. 429.

⁵⁰ CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Navarra, 1987, pp. 92 ss.

⁵¹ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 309-310) señala que la STS de la Sala 1.ª de 16 de junio de 183 (RAJ 3630) se aproxima a esta posición. YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 268) cita también las sentencias del TS de la Sala 1.ª de 25 de octubre de 1980 (RAJ 3638) y 16 de marzo de 1982 (RAJ 1380), en las que se estableció la responsabilidad de la empresa no obstante la total ausencia de culpa del trabajador.

⁵² BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 305 ss.

⁵³ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos problemáticos del nuevo Código penal*, cit., pp. 277 y 278; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267.

que sea posible identificar al autor material del mismo, y hasta de los supuestos de daños causados por personas incapaces de culpa, que llevan a cabo labores diversas a pesar de su discapacidad (lo cual es incluso promovido por los propios ordenamientos constitucionales, en aras de la integración social de estas personas).

La tendencia de la jurisprudencia va a ir, como se desprende de la sentencia que comentamos, por la facilitación de la carga de la prueba de la culpa del dependiente, fundamentalmente cuando dicha prueba es especialmente complicada, que por la desaparición de que concurra dicha culpa, que se deduce, como entiende nuestra jurisprudencia y casi todos los autores, de los artículos 1902 y 1903.I CC, expresamente relacionados por la ley, e incluso del artículo 1904 CC al reconocer la responsabilidad del dependiente, frente al que puede repetir el empresario. Dicha responsabilidad sólo puede basarse en el artículo 1902 CC. Exclusivamente de *lege ferenda* cabe excluir la necesidad de tener que probar la culpa del dependiente, y en este aspecto, tiene sentido, a nuestro juicio, la invocación que hace Barceló⁵⁴ al § 831 BGB, que no exige la culpa del empleado, y la interpretación que de este precepto lleva a cabo Von Caemmerer⁵⁵.

Los principales argumentos invocados para justificar que no es precisa la culpa del dependiente para que el empresario responda *ex* artículo 1903.IV CC pueden ser rebatidos, si se tiene en cuenta que, si bien el artículo 1903.IV CC no menciona expresamente la necesidad de que la actuación del dependiente sea culposa, esto se debe, sin duda, a que no es preciso debido a la redacción del párrafo primero del artículo 1903, de carácter general, aplicable a todos los supuestos previstos en el mismo, relativos a la responsabilidad por hecho ajeno, que implica, como afirma la citada STS de 3 de octubre de 1961, un enlace directo de este precepto con el artículo 1902 CC.

Aunque la responsabilidad del empresario se fundamente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, lo cual es muy cuestionable, como veremos, no parece que por tal motivo haya que excluir la necesidad de la conducta culpable del dependiente, autor directo del daño al tercero, de acuerdo con la norma general del artículo 1902 CC. En realidad, que la responsabilidad del empresario se fundamente en la culpa o el riesgo no tiene por qué incidir en la aplicación o no del criterio de la culpa al dependiente, ya que éste responde según el artículo 1902 CC; lo cual viene justificado por el artículo 1904 CC,

⁵⁴ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 308-309.

⁵⁵ VON CAEMMERER, «Wandlungen des Deliktsrechts», en *Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages*, II, Karlsruhe, 1960, p. 120.

que establece un derecho de repetición del empresario contra el dependiente, que sólo puede responder frente a terceros en virtud del artículo 1902 CC.

En este sentido es muy elocuente la citada STS de 24 de junio de 2000, al destacar que ya se funde 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.

En cambio, Yzquierdo Tolsada⁵⁶ considera que es fundamental para determinar si es precisa una inicial declaración de culpa *in operando* del dependiente tener claro cuál es el fundamento de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes.

En este mismo sentido Zelaya⁵⁷ afirma que la pregunta de si hace falta culpa *in operando* del dependiente nos lleva directamente al problema relativo a la naturaleza de la responsabilidad del empresario por los hechos o actos del dependiente.

Si fuese formalmente cierto que se trata de un régimen de responsabilidad vicaria, no cabe duda de que la inicial declaración de culpa *in operando* del trabajador ha de ser exigida para que se pueda comprometer al empleador. Pero si la Sala 1.^a del TS insiste una y otra vez en que la del empresario es una responsabilidad no vicaria, sino por culpa presunta, es obligado sorprenderse, como hace Cavanillas Múgica⁵⁸, de que la jurisprudencia civil exija este requisito, pues si la responsabilidad del empresario se debe a su propia culpa, con ésta ha de valer. Que se exija en la jurisprudencia de Italia o de Francia no ha de sorprender —dice—, dado que se trata de sistemas de responsabilidad vicaria, con presunción *iuris et de iure*. Pero que lo exija nuestro TS acaso no es más que un velado reconocimiento de que la responsabilidad del empresario es siempre vicaria y objetiva. En fin, o el empresario responde «porque es empresario», objetiva y automáticamente, en cuyo caso la exigencia de culpa *in operando* del trabajador es completamente coherente (y la vía de regreso del art. 1904 también), o responde por culpa presunta, *in eligendo* vel *in vigilando*, pero entonces no cabe enten-

⁵⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 267; *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 277.

⁵⁷ ZELAYA., *op. cit.*, pp. 553 ss.

⁵⁸ CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 92.

der la inicial declaración de culpa del trabajador como requisito (y no procederá acción de regreso).

Yzquierdo Tolsada⁵⁹ estima que para superar las dificultades sería deseable una clarificación legislativa. Pero, a nuestro juicio, el artículo 1903.I CC es claro en el sentido de exigir como presupuesto necesario la culpa del dependiente, debido, sobre todo, al enlace directo de este precepto con el artículo 1902 CC, como afirma nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia de forma casi unánime, como hemos señalado anteriormente. Lo único que cabría plantear, *de lege ferenda*, es la desaparición de la culpa *in operando* como requisito de la responsabilidad del empresario, como se ha propuesto en Italia, a pesar de tratarse el italiano de un sistema claramente vicario.

Siendo la culpa del dependiente un presupuesto esencial de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903.IV CC, es evidente que el tercero perjudicado soporta la carga de la prueba de la culpa de aquél, ya que, como apunta Barceló⁶⁰, la presunción de culpa contenida en el artículo 1903.VI CC únicamente afecta al empresario. Sin embargo, esta prueba se encuentra afectada por los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa⁶¹, creados por la jurisprudencia y cuya más inmediata consecuencia es, en este punto, la inversión de la carga de la prueba, de aplicación general en toda la materia de responsabilidad extracontractual⁶².

En este sentido, Zelaya⁶³ pone de relieve que existe una cierta tendencia objetivadora de la responsabilidad civil del propio dependiente, similar, aunque menos intensa, a la que se ha observado respecto del empresario titular de bienes o actividades peligrosas.

En primer término esta jurisprudencia ha ido exigiendo al dependiente un cada vez más alto nivel o grado de diligencia en la actuación al servicio de la empresa. Por otro lado esta jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba de la culpa *in operando* contra los dependientes o agentes directos del daño. Por último, la Sala 1.^a del TS ha aplicado la no del todo precisa doctrina del riesgo creado⁶⁴.

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 267 y 268; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., p. 277.

⁶⁰ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 304.

⁶¹ Una rigurosa exposición de estos expedientes por GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 475. También PANTALEÓN, *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, II, Madrid, 1991, pp. 1995-1997; DE ÁNGEL, *op. cit.*, pp. 126 ss.; Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 118 ss.

⁶² BARCELÓ, *op. cit.*, p. 304; SIERRA, *op. cit.*, p. 135.

⁶³ ZELAYA, *op. cit.*, p. 598.

⁶⁴ Un amplio análisis jurisprudencial por ZELAYA, *op. cit.*, pp. 598 ss.

La STS de la Sala 1.^a del TS de 28 de febrero de 1992 (RAJ 1404) aplica el expediente de la inversión de la carga de la prueba de la culpa *in operando*, afirmando que si bien la atribución de tal responsabilidad a la entidad titular del mecanismo causante del daño indemnizable exige la del operario a cuyo cargo se encuentre su manejo, la responsabilidad de éste aparece declarada en la sentencia impugnada en virtud del citado principio de inversión de la carga de la prueba, al no haberse acreditado que el daño sufrido por la actora-recurrente sobreviniera por causa a ella no imputable, lo que hace surgir en él una culpa *in operando* y en la sociedad recurrente *in eligendo*.

Siendo exacto el planteamiento expuesto en relación con la carga de la prueba de la culpa del dependiente, la sentencia que comentamos tiene el mérito de señalar, seguramente por primera vez de una manera clara y evidente, que es preciso facilitar dicha prueba cuando el dependiente desarrolla una labor de alta cualificación técnica. Hay que mantener un criterio de menor exigencia probatoria, pudiendo tomarse en consideración perspectivas de verosimilitud, mayor probabilidad cualificada e incluso cabe desplazar a quien tiene más facilidad para probar lo acontecido las consecuencias desfavorables de la falta de prueba, debiendo contemplarse esta posibilidad sólo como una regla especial a considerar según las circunstancias concretas de cada caso.

Esta doctrina jurisprudencial es importante de cara a la protección de la víctima, al facilitar la aplicación del artículo 1903.IV CC, que tiene como presupuesto la culpa del dependiente, cuya prueba es muy difícil en casos como el de la sentencia que comentamos y, en general, cuando el dependiente desarrolla una labor de alta cualificación técnica, llegando a hablar el TS de *probatio diabolica*.

Nuestro TS acoge en esta sentencia un criterio muy flexible en relación con la carga de la prueba de la culpa del dependiente, de igual manera que lo establece, como vimos, al referirse al significado de la dependencia cuando el empleado desarrolla una labor de alta cualificación técnica.

En cambio, Zelaya⁶⁵ considera que esta línea jurisprudencial va claramente contra la tendencia general del Derecho comparado, pues no parece justo ni socialmente adecuado objetivar la responsabilidad personal del encargado como medio o mecanismo para facilitar –objetivar– la condena civil del empresario. En principio es aceptable que se objetive la responsabilidad civil del empresario, pero no la del propio encargado, quien, la mayoría de las veces, no

⁶⁵ ZELAYA, *op. cit.*, p. 607.

ha podido impedir el daño y no tiene la capacidad para poder distribuir socialmente su costo a través del sistema de precios o seguros. Esta solución anómala obedece a una no del todo consciente identificación de centros y criterios de imputación. No es lo mismo objetivar la responsabilidad civil del empresario que objetivar la responsabilidad de su dependiente: son centros de imputación diversos que deben reconocer criterios de atribución diversos.

A nuestro juicio, el facilitar la carga de la prueba de la culpa del dependiente, en casos como el de la sentencia que es objeto de este comentario, no creemos que sea criticable, aunque esto conlleve una cierta objetivación de la responsabilidad del dependiente. La aplicación de los expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa creados por la jurisprudencia es plenamente acertada en relación con el dependiente y, en general, en cualquier supuesto en que se plantee la aplicación del artículo 1902 CC.

V. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO ATENDIENDO A LAS CIRCUNSTANCIAS DEL RIESGO CREADO

En los motivos segundo y tercero del recurso se cuestiona la responsabilidad por hecho ajeno de la entidad recurrente, es decir, de «Aero Madrid, S. A.» (la empresa para la que trabajaba el piloto instructor), negando la omisión de deberes de vigilancia y control del piloto del avión siniestrado, ni de la diligencia exigible.

El TS rechaza estos motivos, planteados desde una perspectiva puramente subjetivista, dialécticamente admisible, pero que no es admisible en casos como el contemplado en esta sentencia, y que no se corresponde con la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1903.IV CC.

El TS pone de relieve que la responsabilidad por hecho ajeno que cabe exigir de los empresarios está regulada en los párrafos primero, cuarto y sexto del artículo 1903 CC. El régimen jurídico se complementa con la posibilidad de repetición que prevé el artículo 1904 del mismo Cuerpo legal.

La aplicación de esta 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. Si las posturas subjetivistas contemplan fundamentalmente la exigencia de una conducta culposa consistente en la omisión de deberes, singularmente en el campo de la elec-

ción del sujeto agente o en el de la adopción de medidas de control y vigilancia (culpa *in eligendo* o *in vigilando*), 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 emolumentum, ibi onus*), o bien desde la óptica de la absorción del riesgo (el riesgo del factor humano se engloba en el riesgo de empresa). La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo, con base en diversos argumentos y, singularmente, por una interpretación sociológica (art. 3.1 CC), que el precepto que se examina (art. 1903.IV CC) contiene un caso de responsabilidad cuasi objetiva (entre otras, sentencias de 28 de octubre de 1994, 29 de marzo de 1996, 3 de julio y 31 de octubre de 1998). 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 demandada (sentencias de 4 de diciembre de 1984, 19 de julio de 1993, 29 de marzo y 20 de diciembre de 1996, entre otras), a criterios de admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo (sentencias de 10 de mayo de 1986, 21 de septiembre de 1987, 28 de febrero de 1992, 28 de octubre de 1994 y 7 de abril de 1997). Obviamente, la aplicación de un criterio más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, porque, 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*. 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. Finalmente, en la sentencia de la Audiencia no hay base fáctica que permita apreciar que la parte demandada –aquí recurrente– dio cumplimiento a la exigencia que prevé el último párrafo del artículo 1903 CC.

En el comentario a la STS de 29 de marzo de 1996⁶⁶, reiteradamente mencionada por la sentencia que comentamos, hemos puesto de relieve cómo la doctrina dominante y, sobre todo, la jurisprudencia, afirman la objetivación de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, que aparece en innumerables sentencias de nuestro TS que aplican el artículo 1903.IV CC.

Nuestro TS no trata en modo alguno de evitar la aplicación del artículo 1903.IV CC y el respeto a la previsión contenida en el último párrafo de este precepto, aunque la elevación de la diligencia exigida contribuya a que la prueba liberatoria concedida al empresario apenas pueda operar en la práctica. Ciertamente, el TS utiliza el expediente de la elevación de la diligencia para lograr que la responsabilidad del empresario devenga realmente objetiva, sin tener que forzar el texto del citado precepto⁶⁷.

Se impone al empresario, como se afirma desde la STS de 24 de marzo de 1953 (RAJ 913), una vigorosa prueba de la diligencia en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad, lo cual implica que la jurisprudencia viene imponiendo a la responsa-

⁶⁶ CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 912 ss.

⁶⁷ No obstante, es preciso observar que el TS, en la sentencia que comentamos, pone de relieve que la tesis subjetivista es dialécticamente admisible, aunque no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preconiza en la interpretación y aplicación del artículo 1903.IV CC.

Hace bastantes años, DÍEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 711-713; hay una 2.ª edición, Madrid, 1973, pp. 302-304) subrayó que no puede negarse que la idea de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* responde a los esquemas de la doctrina clásica de esta materia, y tampoco que posee un apoyo muy fuerte en el párrafo final del artículo 1903 CC, que permite que la responsabilidad cese «cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño».

Por este motivo un sector de nuestra doctrina defiende que la responsabilidad del empresario, mientras se mantenga la actual redacción del art. 1903 VI CC, está basada en la culpa. Así lo ponen de relieve BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 179 ss.), SIERRA (*op. cit.*, pp. 138 ss.) y CÓMEZ CALLE (*op. cit.*, pp. 427 y 428) con amplia información doctrinal. No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 180) subraya que el reconocimiento de la fundamentación subjetiva no puede ocultar la inconveniencia de mantener la norma en su estado actual. La evolución de las relaciones económicas y laborales, en el seno de la empresa, hacen muy fácil la crítica a los viejos expedientes de la culpa en la elección o en la vigilancia. Por ello, hoy no sólo debe estimarse conveniente, en una futura reforma legislativa, dotar a la norma de carácter objetivo, sino incluso adentrarse en la propia configuración del supuesto de hecho normativo. SIERRA (*op. cit.*, p. 142) afirma que sólo legislativamente pueden incorporarse los principios de responsabilidad sin culpa en nuestro Derecho y la necesidad de esta incorporación se hace sentir apremiantemente, decía DE MIGUEL (*La responsabilidad sin culpa*, Barcelona, 1931, p. 110) hace ya más de medio siglo, pero parece que tal objetivación no va a llegar próximamente a este art. 1903. También GÓMEZ CALLE (*op. cit.*, p. 428) considera que *de lege ferenda* es deseable un régimen objetivo. Concebida la empresa como unidad económica y de riesgos, sí que podría consagrarse la responsabilidad objetiva de su titular, quien, en último extremo, se encuentra en condiciones de calcular el coste de los posibles daños (o, en su caso, el de su aseguramiento), para incluirlo entre los propios de su actividad y repercutirlo en el consumidor o usuario de sus productos o servicios.

bilidad contemplada por el artículo 1903.IV CC un cierto cariz objetivista.

La vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario confiere a esta responsabilidad una indudable objetivación, que, como pone de relieve el TS, tiene su razón de ser en la necesaria protección de la víctima del daño. Se trata de una manifestación del principio *pro damnato*, al que se refiere Díez-Picazo⁶⁸, consistente en que, por regla general, todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño. Si el empresario pudiera liberarse de responsabilidad con facilidad, la adecuada protección del perjudicado sería ilusoria. Son «razones de convivencia social» las que motivan esta tendencia jurisprudencial, según proclama la citada sentencia. El instrumento utilizado es el probatorio, haciendo muy difícil la prueba de haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, que pesa sobre el empresario cuando un dependiente suyo ocasiona un daño a tercero cumpliéndose las condiciones del artículo 1903.IV CC.

El expediente utilizado por el TS tiene un sólido apoyo en el último párrafo del artículo 1903 CC, pues como indica Rojo Fernández-Río⁶⁹, parece consecuente con la letra del mismo, que exige la prueba de «toda» la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. También Jordano Fraga⁷⁰, aunque refiriéndose a un supuesto distinto del de la responsabilidad del empresario, puntualiza que el artículo 1903, párrafo último, al exigir de los guardadores la prueba del empleo de «toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», parece dar un cariz claramente marginal a la exclusión de la responsabilidad indirecta de los guardadores por ausencia de negligencia de su parte.

Recientemente ha insistido en este mismo argumento Díaz Alabart⁷¹, al referirse al nivel de diligencia exigible a los centros docentes. Es de observar que el artículo 1903.IV CC para la exoneración de la responsabilidad que el precepto impone, exige la prueba de que se empleó «toda la diligencia de un buen padre de familia». Ese «toda» bien puede significar que se va a exigir con un rigor espe-

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, «La responsabilidad civil, hoy», *ADC*, 1979, pp. 732 y 734; *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 276.

⁶⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, pp. 140 y 141, nota 29.

⁷⁰ JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP*, 1984, p. 903, nota 37.

⁷¹ DÍAZ ALABART, «La responsabilidad de los centros docentes por los hechos dañosos de sus alumnos menores de edad», en *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza* (en colaboración con Asúa), Madrid, 2000, p. 121, nota 175.

cial. En otros preceptos del Código Civil, en los que se emplea la medida de diligencia del buen padre de familia no se dice más, así los artículos 1094 y 1104 CC. En cambio, en la gestión de negocios ajenos, en cuya regulación el Código Civil se muestra especialmente riguroso para el gestor, en el artículo 1889 CC se le exige el desempeño de su función, « con toda la diligencia de un buen padre de familia».

Este razonamiento, que consideramos muy convincente, como hemos señalado en el mencionado comentario a la STS de 29 de mayo de 1996⁷², determina que esta autora, con toda razón, afirme que la diligencia que han de observar los centros docentes en el desarrollo de sus funciones con respecto a sus alumnos menores es rigurosa, como viene repitiendo nuestra jurisprudencia⁷³.

La elevada diligencia que exige nuestra jurisprudencia para exonerarse de la responsabilidad prevista en el artículo 1903.IV CC se explica también porque no es lógico que conduzcan al mismo resultado la presunción que establece expresamente este precepto en su último párrafo y la presunción de existencia de culpa que nuestra jurisprudencia ha conectado al artículo 1902 CC. Como afirma atinadamente Díez Soto⁷⁴, lo que en la mente del legislador podía suponer una posición ventajosa para la víctima en el ámbito del artículo 1903, con respecto a la que derivaba del artículo 1902 –presunción de culpa frente a la necesidad de probar la culpa– se vio desmentida por la constatación de que, en la realidad de los hechos, también la aplicación del artículo 1902 había de descansar en la presunción *iuris tantum* de existencia de culpa en el causante de un daño, doctrina absolutamente consolidada en la actualidad.

A nuestro juicio, resulta especialmente significativa para corroborar el punto de vista de los autores citados la relación de los artículos 1104.II y 1903.VI, ya que el primero alude a la diligencia que «correspondería a un buen padre de familia», mientras que el segundo se refiere al empleo de «toda la diligencia de un buen padre de familia», con lo que se incrementa el grado de la diligencia exigible.

Aunque se invocan algunas sentencias de la Sala 1.^a del TS, en las que el empresario logra exonerarse de responsabilidad como consecuencia de la aplicación directa de la previsión contenida en

⁷² CABANILLAS, *op. cit.*, p. 915.

⁷³ No obstante, DÍAZ ALABART (*op. cit.*, p. 121, nota 176) observa que esto no quiere decir imposible de prestar, pues, aunque alguna sentencia la pueda aplicar como si se tratara de responsabilidad absolutamente objetiva, no lo es.

⁷⁴ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, p. 665.

el último párrafo del artículo 1903 CC⁷⁵, Zelaya⁷⁶ señala 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. 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 funciones, o bien supuestos donde no se ha acreditado culpa *in operando* en el dependiente que materialmente causó el daño respectivo. Así, por ejemplo, deben entenderse las citadas por Cavanillas Múgica⁷⁷.

Este dato no hace sino confirmar la posición de la doctrina jurisprudencial, que motiva que sea prácticamente inviable la exoneración de responsabilidad civil del empresario cuando el dependiente causa un daño a tercero en el servicio del ramo que lo tuviera empleado, o con ocasión de sus funciones.

Como observa recientemente Roca Trías⁷⁸, la posibilidad de fundamentar la responsabilidad del empresario en la culpa no ha sido aceptada nunca por la jurisprudencia. Además, se contradice claramente con la posibilidad de ejercitar el derecho de regreso contra el empleado autor del daño, que reconoce el artículo 1904 CC. Por ello deber buscarse otra explicación.

Frente a esta configuración, actualmente se acentúa el elemento riesgo para atribuir la obligación del empresario. Se han alegado como razones que es lógico que quien obtiene un beneficio con una actividad que puede crear riesgos asuma las consecuencias dañosas de esa actividad (STS de 18 de octubre de 1984, Sala 2.^a, RAJ 4858), o bien que la atribución de riesgo al empresario de forma objetiva es una consecuencia del principio de la solidaridad, porque la empresa está en mejor situación de resarcir el daño que el causante directo del mismo, seguramente insolvente.

⁷⁵ BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 187 ss.) cita las sentencias de 6 de julio de 1934 (CL 96), 24 de febrero de 1969 (RAJ 995), 28 de febrero de 1983 (RAJ 1078) y 18 de septiembre de 1984 (RAJ 4299).

Este autor menciona también las sentencias del TS de 7 de octubre de 1983 (RAJ 5314) y 19 de julio de 1993 (RAJ 6162), pero en estas sentencias no debería haberse considerado aplicable el artículo 1903.IV CC, porque faltaba el requisito de la relación de dependencia. ¿Cómo entender posible que el dueño de la obra se haya exonerado de responsabilidad mediante la prueba de su falta de culpa cuando el artículo 1903.IV CC es, de entrada, totalmente inaplicable, por no ser el arquitecto, contratista o empleados del subcontratista «dependientes» del dueño de la obra?

⁷⁶ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 186-187, nota 263.

⁷⁷ CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 92, nota 2.

⁷⁸ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales. cit.*, p. 102; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, p. 20.

Para Roca Trías⁷⁹, nos hallamos ante la responsabilidad vicaria. De aquí que la respuesta que se tiene que dar acerca de la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por entender que nos encontramos ante un riesgo de empresa, de modo que el empresario responde frente a terceros de la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, respondiendo, por tanto, no por culpa propia, sino en garantía del hecho de sus empleados. Esta explicación da preferencia al artículo 1904 CC, y al convertirse en objetiva, permite la exoneración mediante la prueba de la diligencia del empresario, tal como está prevista en el artículo 1903.VI CC.

La objetivación de la responsabilidad civil del empresario, defendida de forma reiterada por la Sala 1.^a del TS, fundamentalmente a través del expediente de la elevación del nivel de diligencia, y por la doctrina dominante⁸⁰, es la única convincente para explicar el texto del artículo 1904 CC, en su primer apartado: «El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

Evidentemente, como precisa Jordano Fraga⁸¹, al conceder el artículo 1904 el derecho de regreso, precisamente al empresario, en principio en todo caso de responsabilidad por sus dependientes, y, como hipótesis normal, por la totalidad de la indemnización satisfecha por el primero a la víctima del daño, revela claramente que el legislador presupone que esta responsabilidad no descansa en una culpa personal del empresario responsable indirecto, sino que se trata sólo de una forma de garantizar la percepción de su indemnización a la víctima del daño, y, por ello, una vez indemnizada ésta por el empresario, el responsable indirecto inculpable, sin ninguna responsabilidad personal en el daño causado por su dependiente, puede recuperar íntegramente el importe de dicha indemnización.

Naturalmente, en los casos en que realmente exista una responsabilidad, una culpa personal (*in eligendo, in vigilando*) del principal, éste no podrá regresar contra su dependiente o, al menos, no por la totalidad de lo indemnizado a la víctima del daño: tendrá que soportar ese principal la parte de la indemnización satisfecha que corresponda a su propia responsabilidad personal, como concausa

⁷⁹ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales, cit.*, p. 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, pp. 20 ss.

⁸⁰ Amplia información doctrinal por CABANILLAS, *op. cit.*, p. 916, nota 21. Además, ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales, cit.*, pp. 102 y 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», *cit.*, pp. 19 ss.; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, pp. 265 ss. y 301; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 273 ss.; Díez Soto, *op. cit.*, pp. 661 ss.

⁸¹ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p. 471.

(causa indirecta, mediata) del daño, concurrente con la conducta del empleado (causa directa, inmediata de ese mismo daño). Pero, precisamente porque esto es indudable, es por lo que la ley, al partir de que en las relaciones internas con su dependiente el principal no debe soportar definitivamente nada de lo que abonó a la víctima, está presuponiendo que, normalmente, con carácter general, la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario actúa sin culpa personal de éste y, por tanto, sin posibilidad de hacer valer esa falta de culpa, frente a la víctima del daño, para sustraerse a dicha responsabilidad.

Roca Trías⁸² resalta también la extraordinaria importancia que tiene el artículo 1904 CC para fundamentar la objetivación de la responsabilidad del empresario. Este precepto constituye una prueba más de que la responsabilidad del empresario es vicaria, en garantía de los hechos de los empleados, y no por culpa propia (a pesar de las declaraciones jurisprudenciales), porque si responde por culpa propia, mal puede repetir quien paga algo a lo que está obligado. Esta postura hace que el artículo 1904 tenga todo su sentido, porque el empresario asume la obligación como consecuencia de su propia actividad empresarial. Por tanto, la solución que aquí se propone de considerar que el empresario paga la indemnización supliendo la insolvencia del empleado causante del daño, con lo que se facilita a la víctima la reclamación y se asume el daño dentro del riesgo de la empresa. En consecuencia, es posible repetir contra el empleado la totalidad de la indemnización pagada, lo que proporciona una explicación coherente al sistema establecido en el artículo 1904 CC. Evidentemente, si ha existido además culpa del empresario, éste sólo podrá reclamar al empleado que devuelva la parte correspondiente al daño causado, no la totalidad de la indemnización⁸³.

En todo caso, Roca Trías⁸⁴ tiene razón al subrayar que si existe contradicción entre el artículo 1903.VI CC y el artículo 1904 CC,

⁸² ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 105; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., pp. 24-25.

⁸³ Como señala GULLÓN (*op. cit.*, pp. 484-485), si el empresario es condenado porque incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, no desvirtuó la presunción de culpa que establece el artículo 1903, no parece justo ni equitativo liberarle de toda responsabilidad mediante la acción del artículo 1904. Por el contrario, debe participar en proporción a su culpa en la indemnización del daño.

También CABANILLAS, «Dependientes (responsabilidad por) (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Cívitas, II, Madrid, 1995, p. 2124.

No obstante, DE ÁNGEL (*op. cit.*, p. 366) observa que la interpretación de Gullón se sustenta con razón desde el punto de vista de justicia material. Existe, sin embargo, el obstáculo del texto del artículo 1904, que con sus palabras «lo que hubiese satisfecho» parece aludir a todo lo satisfecho, no a una parte de ello.

⁸⁴ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 103; «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., p. 103.

como propugnan numerosos autores⁸⁵, hay que optar por primar a este último, dado que la jurisprudencia ha dificultado de tal modo la prueba de la diligencia cuando el empresario pretende exonerarse de la obligación de resarcir que ha quedado como una norma cuasi obsoleta, con lo que deben primar las consecuencias que derivan del reconocimiento legal del derecho de repetición.

⁸⁵ La mayor parte de los autores que se han ocupado del artículo 1904 ha destacado la contradicción existente, desde la perspectiva de un sistema de responsabilidad por culpa presunta, entre los artículos 1903.VI y 1904. En efecto, como dice DE ÁNGEL (*op. cit.*, p. 366), si el empresario responde porque hubo culpa por su parte (ésta es la filosofía del Código civil), no parece razonable que pueda repercutir sobre el dependiente toda la carga de la indemnización; si así fuera, resultaría que el empleado es el único responsable efectivo. Y es que, verdaderamente, no se entiende el carácter subjetivo de la responsabilidad empresarial a la luz de los párrafos 4.º y último del artículo 1903 si inmediatamente después el artículo 1904 permite al que ha salido al frente de los actos de su empleo recuperar lo que él pagó. Si partimos de la idea de culpa, el artículo 1904 es absolutamente incongruente.

También RUBIO GARCÍA-MINA, *op. cit.*, pp. 56 y 57; ROGEL, *op. cit.*, pp. 160 ss.; ZELAYA, *op. cit.*, p. 145; Díez SOTO, *op. cit.*, p. 163; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, p. 301; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 274-275; DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 164.

Concretamente, DÍAZ ALABART (*loc. cit. ant.*) pone de manifiesto que resulta raro que tratándose de una responsabilidad por culpa (la prevista en el art. 1903.IV), el artículo 1904 CC estableciera para los empresarios la posibilidad de una acción de regreso contra sus empleados, literalmente por lo que hubiese satisfecho. Lo que parece dar a entender que puede ser la totalidad de lo pagado. Ese mecanismo tiene sentido en una responsabilidad objetiva, pensada especialmente en beneficio de la víctima, y con un responsable, que con su actividad lucrativa genera un riesgo; riesgo del que responde directamente, pero del que puede resarcirse, una vez indemnizada la víctima, con el patrimonio de quien con su negligencia fue agente directo del daño. La razón de este contrasentido, como sucede en otros presentes en nuestro Código civil, se debe a la mezcla de preceptos de los Códigos extranjeros que influyeron en su redacción. El Código de Napoleón, en su redacción original, partía de un sistema en el que en general la responsabilidad por acto de otro se produce por culpa, salvo justamente en el supuesto del empresario que tiene una responsabilidad que no admite posible exculpación aunque haya existido diligencia, pero sí que permite la acción de regreso de lo pagado (art. 1384). Por otra parte, el Código civil austríaco, el cual junto a la regla general de no responsabilidad por actos de otras personas, establece en su art. 1313 que, si en algún caso las leyes dispusieran lo contrario, siempre será posible la acción de regreso. Probablemente estas dos influencias heterogéneas puedan haber sido determinantes en esa extraña relación entre los artículos 1903 y 1904 I, ambos del Código civil.

No obstante, algún autor considera que no existe una disfuncionalidad entre los artículos 1903.VI y 1904 CC, sin que el artículo 1904 dé base a la introducción de una responsabilidad por riesgo. En este sentido se pronuncia SIERRA (*op. cit.*, pp. 139 ss.), afirmando que el artículo 1904 regula únicamente la relación interna entre los grupos que integran la empresa y permite al empresario repetir del empleado lo que pagó por los daños que él causó. No es esto incompatible con que el empresario haya actuado con culpa. Debido a su falta de diligencia se ha visto obligado a ser garante de su empleado, a satisfacer a la víctima el daño causado, pero esto no quiere decir que en su relación con el empleado no pueda, cuando esto sea posible, es decir, en una mínima parte de los supuestos que se plantean, resarcirse de lo pagado. También GÓMEZ CALLE, *op. cit.*, pp. 432 y 433. En cambio, BARCELÓ (*op. cit.*, p. 357), tal vez por la tesis subjetivista que sustenta en torno a la responsabilidad del empresario *ex artículo 1903.IV CC*, no tiene más remedio que pensar que se trata de una imperfección técnica de nuestro Código civil más que de conceder repetición por el todo. Y en este mismo error parece también haber incurrido la Ley de 7 de enero de 1991, cuando habla de repetir «las cantidades satisfechas» en relación con los titulares de centros docentes (art. 1904 II CC). En esta línea también parece que se pronuncia MORENO MARTÍNEZ (*Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Madrid, 1996, pp. 221 y 222) al tratar de coordinar los

En análogo sentido se pronuncia Yzquierdo Tolsada⁸⁶, al compartir la idea de que la contradicción sólo se puede salvar entendiéndose que lo que hay que sacrificar es el artículo 1903.VI: el artículo 1904 sólo se entiende prescindiendo de toda idea de responsabilidad por culpa (por muy presunta que ésta sea), y pensando que no es sino una manifestación más de la teoría del riesgo empresarial y de la responsabilidad vicaria o de sustitución: la empresa responde porque es empresa, incluso aunque no haya mediado culpa por parte de su titular.

Después de destacar que la citada acción de repetición sólo tendría razón de ser en un sistema de responsabilidad vicaria, en el que la culpa del autor material del daño permite afirmar la responsabilidad del principal con total independencia de su propia diligencia, siempre que aquél haya actuado en el ejercicio de sus funciones, Díez Soto⁸⁷ puntualiza, con acierto, que el hecho de que el artículo 1904 I atribuyera la mencionada acción de repetición al empresario, y no a los otros sujetos mencionados en el artículo 1903 (padres, tutores), es un dato revelador de que, en el fondo, los redactores del Código civil no perdieron de vista en ningún momento el sistema de la responsabilidad vicaria a la hora de afrontar la situación de los empresarios, dando por sentada, en este caso, la existencia de una inicial culpa *in operando* del dependiente, como presupuesto básico de la responsabilidad del principal.

A nuestro entender, si se afirma la existencia de una contradicción entre el artículo 1903.VI y el artículo 1904 CC, debe primar el artículo 1904, que sólo se puede comprender adecuadamente partiendo de que la responsabilidad del empresario tiene un claro matiz objetivo, ya que este precepto ostenta un carácter especial al referirse directamente al artículo 1903 IV, mientras que el último párrafo del artículo 1903 es genérico, pues engloba todos los supuestos de responsabilidad extracontractual por hecho ajeno, ciertamente diversos (así, por ejemplo, son muy diferentes la responsabilidad del empresario y la responsabilidad de los padres).

También hay que observar que, como apunta Díez-Picazo⁸⁸, una interpretación teleológica y evolutiva debe llevarnos a rechazar

artículos 1903.VI y 1904.II CC, pensando que, partiendo del fundamento claramente subjetivo que proporciona el artículo 1903.VI, habría que estar –al objeto de la adecuación del artículo 1904.II con el 1903.VI– a una interpretación no literal de las «cantidades satisfechas».

⁸⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 301.

⁸⁷ Díez SOTO, *op. cit.*, pp. 663-664.

⁸⁸ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 711-713. Hay una 2.ª edición, Madrid, 1973, pp. 302-304. También, más recientemente en *Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162.

que el fundamento de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes se encuentre en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Pues lo cierto es que, si bien la responsabilidad de los padres, tutores, maestros, etc., parece fundada en la idea del deber de vigilancia, la responsabilidad del empresario escapa a esta idea y pertenece más al terreno de la responsabilidad por riesgo, como aparece apuntado en la STS de 24 de marzo de 1953 (RAJ 913). Pues, ¿qué culpa *in vigilando* puede seriamente imputarse al empresario cuando su dependiente está actuando con propia iniciativa y fuera del posible círculo de la vigilancia, como en nuestro caso, en que conducía un camión? ¿Qué tipo de diligencia debe el empresario emplear para vigilar cómo son conducidos todos sus camiones? ¿No es, evidentemente, ficticio hablar de culpa *in vigilando*?

Ciertamente, como puntualiza Barceló⁸⁹, la evolución de las relaciones económicas y laborales en el seno de la empresa hacen muy fácil la crítica a los viejos expedientes de la culpa en la elección o en la vigilancia. Posiblemente, el Código civil piensa en el pequeño taller o comercio, donde el dependiente incluso habita en el mismo domicilio que el dueño, y no en la gran industria. Era posible una intervención personal del empresario en la producción, en la transmisión de conocimientos a los trabajadores sobre el modo de prestar los servicios, ya que la reducida dimensión de la explotación industrial lo permitía. Como dice Hauriou⁹⁰, la teoría de la culpa es adecuada para empresas de proporciones modestas.

La situación en nuestros días, en cambio, muestra una realidad completamente diferente: el gran tamaño de las empresas requiere también una compleja organización, articulándose las relaciones entre empresario y trabajador de forma distinta. El empresario ya no conoce personalmente, muchas veces, a sus obreros. Ahora se trata de imputar a la empresa todos los daños derivados del proceso productivo, sin reparar en un individuo concreto que, al fin y al cabo, forma parte de una organización.

Refiriéndose a esta evolución, Rubio García-Mina⁹¹ observa que los sistemas basados en fallos en el control de la conducta ajena, que aún podían tener cierta correspondencia con la realidad cuando el pandectismo los utilizaba en el marco de las estructuras agrícolas, resultan incomprensibles para la empresa despersonalizada y el tráfico industrial en masa.

⁸⁹ BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 180-181.

⁹⁰ HAURIOU, «Nota a Cons. d'État de 13 de enero de 1899», en *Recueil Dalloz Sirey*, 1900, III, p. 3.

⁹¹ RUBIO-GARCÍA MINA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

En consonancia con lo afirmado por este autor, De Ángel⁹² señala que la composición de la empresa del momento presente hace irrisorio mencionar la culpa del empresario por la mala elección de sus empleados o su culpa por la defectuosa vigilancia de sus actividades. Las modalidades de reclutamiento del personal, lo abundante de las plantillas y lo complejo de la actual tecnología convierten en ridículos los argumentos que en otro tiempo hubieran podido imaginarse para el humilde supuesto de la actividad de un criado doméstico.

En este sentido, Zelaya⁹³ también pone de relieve que hoy es aceptado que el control no constituye un claro fundamento de la responsabilidad del empresario por la misma razón por la cual no lo constituye la culpa *in eligendo, in vigilando vel inspiciendo*. Hay muchos casos en los cuales se impone una responsabilidad al empresario no obstante haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar el daño, incluido el ejercicio estricto y minucioso del control de las actividades de sus dependientes. Además, dada la estructura de muchas empresas modernas, este último extremo es imposible de cumplir y, por tanto, ello se transforma en un deber imposible de exigir.

Por ello se ha llegado a sostener que el verdadero control no lo ejerce actualmente el empresario sobre la forma en la cual sus empleados realizan las actividades del giro empresarial, sino más bien sobre las posibilidades de garantizar o asegurarse contra los riesgos de accidentes inevitables dentro de la actividad industrial moderna.

En esta línea de interpretación, se acaba considerando responsable al sujeto a quien corresponda, no el control de los actos concretos y singulares (del dependiente) que generan el daño respectivo, sino el control sobre la organización general de los riesgos, decidiendo sobre su dimensión global. Así lo ha señalado de forma magistral Rojo Fernández-Río⁹⁴.

Por todo ello es preciso acoger el criterio interpretativo propugnado por Díez-Picazo, y de esta manera la solución que defiende convincentemente al comentar la STS de 24 de marzo de 1953 y en estudios posteriores.

Además, es indudable que la tesis de la objetivación de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903.IV CC es la única que armoniza con la solución acogida en el artículo 120.4.º CP, que con-

⁹² DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 328.

⁹³ ZELAYA, *op. cit.*, pp. 128 ss.

⁹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

sagra una responsabilidad objetiva a cargo del empresario (persona natural o jurídica dedicada 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 servicios⁹⁵.

Yzquierdo Tolsada⁹⁶ puntualiza que a diferencia de lo que sucede con el artículo 1903 CC, pero también a diferencia de lo que sucede con el artículo 120.1.º CP, no se hace mención de la culpa o negligencia, ni para exigirla ni para presumir *iuris tantum* su concurrencia⁹⁷. No se permite al empresario hacer constar que hubo diligencia por su parte: responde por el simple hecho de ser empresario, de todo daño derivado de una conducta delictiva imputable a un hecho acaecido en el ámbito de la propia actividad. El esquema es ahora el propio de la responsabilidad vicaria. Es indiferente de que haya o no culpa: se responde por el hecho de tener unos subordinados que actúan por y para el llamado a responder.

En análogo sentido Díez Soto⁹⁸ pone de relieve que en la actualidad parece totalmente consolidada en nuestra doctrina la idea de que el sistema de responsabilidad del empresario por hechos delictivos de sus dependientes, tal como aparece configurado en el Código Penal, responde, en esencia, al modelo de la responsabilidad vicaria.

La adopción del modelo de responsabilidad vicaria en el Código Penal resulta fácilmente explicable si se considera que este sistema, por sí solo, parece dar una respuesta plenamente satisfactoria al supuesto de hecho que se pretende regular, caracterizado esencialmente por la constatación judicial de la existencia de un hecho delictivo cometido por un sujeto perfectamente identificado y condenado por tal motivo. La actuación del dependiente, dolosa o culposa por definición, abre la puerta de la responsabilidad del empresario, con total abstracción de la posible culpa de éste; y justifica además la viabilidad de una repetición por parte del empresario

⁹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., pp. 271 ss.; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264; SIERRA, *op. cit.*, p. 142, nota 140; JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 473-475; MONTÉS, *Comentario del Código Penal de 1995*, I, Valencia, 1996, pp. 641-642; ROCA TRÍAS, «La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil», cit., p. 23; DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 654 ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 91, nota 2; ZELAYA, *op. cit.*, p. 140; BARCELÓ, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, cit., p. 271; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264.

⁹⁷ Así lo subraya BARCELÓ (*op. cit.*, p. 181) al referirse a la responsabilidad objetiva que regulaba el derogado artículo 22 CP: no admite, a diferencia del artículo 1903.IV CC, prueba de la diligencia por parte del principal para quedar exento de responsabilidad civil.

⁹⁸ DÍEZ SOTO, *op. cit.*, pp. 654 ss.

contra el dependiente por el importe total satisfecho. Hay que afirmar la incoherencia de acudir a explicaciones basadas en la existencia de una culpa en el empresario: el papel de garante que éste ha de asumir no tiene por qué supeditarse a la constatación, presunción o ficción de una actitud culpable por su parte, sino sólo al hecho de que haya sido su iniciativa la que haya determinado la inserción del causante material del daño en una esfera de actividad cuyo protagonista principal es el propio empresario. La tesis de la utilidad o beneficio derivada de la utilización de dependientes (*cuius commoda, eius incommoda*) y la idea de creación de un riesgo de empresa asumen, de este modo, una indudable relevancia justificadora de la responsabilidad del empresario.

La jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS, en torno al texto derogado del artículo 22 CP, es muy diáfana sobre el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario⁹⁹, afirmando la importante STS de 22 de abril de 1996 (RAJ 2922) que reiteradamente la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo en los pilares tradicionales de la culpa *in eligendo* y de la culpa *in vigilando*, sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum debet sentire incommodum* (sentencias de 1 de junio de 1979, 29 de noviembre de 1982, 19 de junio de 1991, 28 de septiembre de 1994 ó 17 de junio de 1996, entre otras). En el mismo sentido, la STS de 29 de abril de 1996 (RAJ 2999), que tiene en cuenta la sentencia de 21 de noviembre de 1991, la cual declara que esta responsabilidad civil subsidiaria adopta cada vez más un carácter dominante de responsabilidad objetiva, y otras sentencias posteriores que siguen esta doctrina¹⁰⁰.

A pesar de lo injustificado que resulta que la responsabilidad civil extracontractual indirecta a cargo del empresario sea principal –solidaria con la personal del causante directo del daño– en el ámbito del artículo 1903 CC y subsidiaria en el del artículo 120 CP –en defecto de los que lo sean criminalmente–, lo que está claro es que, como observa Jordano Fraga¹⁰¹, no tiene sentido que la misma responsabilidad extracontractual indirecta del empresario –principal en un caso, subsidiaria en otro– funcione diversamente (objetiva o subjetivamente), según que el daño causado por el dependiente

⁹⁹ Aunque como observa BARCELÓ (*op. cit.*, p. 181), la jurisprudencia de la Sala 2.^a del TS provoque cierto desconcierto con sus continuas alusiones a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

¹⁰⁰ Exhaustiva información jurisprudencial por JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 473 y 474; YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código penal*, cit., p. 271; *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 264, nota 264; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 181 y 182; ZELAYA, *op. cit.*, p. 274 ss.

¹⁰¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 475 y 476.

en el ejercicio de sus funciones sea o no constitutivo de un ilícito penal (delito o falta) ¹⁰². Tanto más cuanto que las mismas reconocidas razones que abogan por el carácter inquiridamente objetivo de la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario en el ámbito del artículo 120.4.º CP son igualmente válidas en el ámbito del artículo 1903.IV CC: una mejor protección jurídica de la víctima del daño, asegurando el cobro de la indemnización, dada la normal insolvencia del dependiente directamente causante del daño, y la idea del riesgo empresarial, ya que es el empresario quien crea y aprovecha el riesgo de su personal, y es él quien debe soportar sus consecuencias lesivas, y no terceros ajenos a esa creación y a sus consiguientes ventajas.

Yzquierdo Tolsada ¹⁰³ considera igualmente que si el Código Penal opta por configurar como vicaria la responsabilidad civil del empresario derivada de delito cometido por su dependiente, no se encuentran razones para que las cosas cambien en el régimen del Código civil.

El fundamento de la responsabilidad prevista en el artículo 1903.IV CC coincide con el de la declarada en el artículo 120.4.º CP.

De acuerdo con Jordano Fraga ¹⁰⁴, pensamos que el artículo 120.4.º CP, en el peor de los casos, es una norma que, por su estrecha relación con el artículo 1903.IV CC, sirve para reinterpretar

¹⁰² No tiene una justificación razonable propugnar un diverso tratamiento, debido a que la naturaleza de ambas responsabilidades (la derivada del ilícito penal y la que no procede del mismo) no es diversa, ya que son evidentemente civiles (CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, pp. 217 ss., con amplia información doctrinal).

Como observa Díez-PICAZO (*Derecho de daños, cit.*, p. 283), la distinción normativa entre una responsabilidad extracontractual de carácter general y una forma específica que se define como dimanante de delito o falta debería haber dejado de existir hacía mucho tiempo y ha sido un error del legislador de 1995 haberla perpetuado sin poseer para ello razones consistentes.

En esta dirección, YZQUIERDO TOLSADA (*Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cit.*, p. 263; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, p. 270) señala con toda razón que uno más de los graves problemas de la dualidad normativa existente en los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil extracontractual (*supra*, comentario del art. 109.1 CP) es el de la responsabilidad del empresario por la acción de sus dependientes.

SIERRA (*op. cit.*, p. 142, nota 140) puntualiza que se mantiene la diferencia entre la regulación en el Código Civil y la del Código Penal (arts. 1903 CC y 120 CP), con las disfuncionalidades que crea.

Para ZELAYA (*op. cit.*, p. 140) es curioso observar cómo un mismo e idéntico supuesto de hecho tenga dos regulaciones legales distintas y fundadas en criterios de imputación diversos.

Este autor explica con amplitud la causa de esta anómala situación, refiriéndose al artículo 1903.IV CC y al derogado artículo 22 CP.

¹⁰³ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, pp. 265 y 266; *Aspectos civiles del nuevo Código Penal, cit.*, pp. 273 y 275.

¹⁰⁴ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 476.

tar ésta, en el sentido más conforme con las exigencias de la realidad social de nuestro tiempo (art. 3.1 CC), que exige la objetivación de la responsabilidad del empresario y el carácter directo de la misma. De cara a la protección de la víctima, es fundamental que ésta pueda demandar directamente al empresario y que difícilmente pueda exonerarse de responsabilidad, porque el mismo suele ser solvente a diferencia del dependiente que ha causado directamente el daño. Esto explica que el empresario sea siempre demandado, y tenga que hacer frente al total de la indemnización. Por eso, el empresario, y no la víctima, será el que soporte el riesgo de la insolvencia del dependiente, que hará infructuoso total o parcialmente el derecho de repetición contemplado por el artículo 1904 CC. Este dato es esencial para comprender la doctrina de nuestro TS y la teoría defendida en la actualidad por la mayor parte de los autores en torno a la interpretación del artículo 1903.IV CC¹⁰⁵.

Otro argumento importante para justificar esta tesis radica en el escaso sentido que tiene afirmar que en sede contractual la responsabilidad del empresario por el daño causado por su dependiente sea objetiva, y que, en cambio, en el ámbito extracontractual sea subjetiva o por culpa.

Ante todo, hay que partir de que la responsabilidad del deudor por su auxiliares tiene un fundamento objetivo, como señala nuestra doctrina de manera prácticamente unánime¹⁰⁶, lo cual es coherente con la idea de que la intervención del auxiliar en el marco de la obligación del deudor obedece al interés y a la iniciativa del propio deudor y por ello debe considerarse como un riesgo de éste cualquier daño que para el acreedor resulte, en el marco de la obligación, como resultado de la intervención del tercero auxiliar. Además, cabe pensar que si la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus auxiliares en determinados casos concretos, prescindiendo de la culpa del mismo (cfr. arts. 1564,

¹⁰⁵ CABANILLAS, *op. cit.*, p. 911.

¹⁰⁶ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 398 ss.; JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, pp. 83 ss. y 210 ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1996, p. 593; TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», *ADC*, 1971, pp. 1153 ss.; CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, pp. 12 y 13; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 275; CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid, 2000, p. 293; «Dependiente (responsabilidad por)», cit., p. 2123; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Barcelona, 1987, pp. 770 ss.; PANTALEÓN, «Responsabilidad por hecho ajeno (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, IV, Madrid, 1995, p. 5958; CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XV-1.º, Madrid, 1989, p. 440; BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 19 ss.

1596, 1601, 1721, 1784 y 1890 CC, 587 y 618 II C de C y 79.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías), debe ser inducida, por vía analógica, una regla general favorable a la objetivación de dicha responsabilidad, que, como observa Díez-Picazo ¹⁰⁷, constituye una exigencia económica y jurídica. Esta exigencia encuentra su fundamento no sólo en el empeoramiento de la situación del acreedor, que se produce aplicando los principios de la culpa extracontractual o de la culpa *in eligendo* o de la culpa *in vigilando*, sino también en una serie de ideas o de reglas que aquí deben ser tenidas en cuenta. Prescindiendo de aquellos casos en que la ley hace directamente al deudor responsable de la actividad de sus dependientes, cabe pensar que, por la misma razón, debe ser inducida una regla general. Esta afirmación tiene su base en los siguientes argumentos. En primer lugar, se encuentra la idea de que la única circunstancia de exoneración de la responsabilidad del deudor es el carácter fortuito de los daños y el carácter fortuito del impedimento de la prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito. En segundo lugar, se encuentra la idea de que normalmente la actividad de los auxiliares y dependientes del deudor se encuentra comprometida por éste según la naturaleza misma de la prestación. Por consiguiente, se encuentra implícita en la voluntad contractual. Por último, en estrecha relación con la anterior idea se encuentra el principio de la confianza, de acuerdo con el cual el principal asume las consecuencias de los actos de sus dependientes (*the servant's act is the master's act*).

En consonancia con la STS de 22 de junio de 1989 (RAJ 4776), la de 1 de marzo de 1990 (RAJ 1656) considera que cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y empleados en el cumplimiento, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius est commodum eius est periculum*.

El recurso tanto al fundamento subjetivo como al objetivo, que critica con razón Barceló ¹⁰⁸, aparece también con frecuencia en sentencias del TS relativas a la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, como la tan citada de 29 de marzo de 1996, que comentamos en este Anuario, al aludir a la culpa *in vigilando* y a que esta responsabilidad es configurada como cuasi objetiva por nuestra jurisprudencia.

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, cit., p. 593.

¹⁰⁸ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 20.

Esto evidencia, seguramente, que nuestra jurisprudencia establece un análogo fundamento para configurar la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, lo cual es razonable. El fundamento de una y otra responsabilidad no tiene que ser necesariamente diverso, es decir, que el de la contractual sea objetivo y el de la extracontractual sea subjetivo. En este sentido no compartimos el punto de vista de Barceló¹⁰⁹, el cual, de igual manera que otros autores, entiende que una de las principales diferencias entre las esferas contractual y extracontractual de la responsabilidad por hecho de otro viene determinada por su fundamento. La responsabilidad del deudor por sus auxiliares es objetiva, mientras que la responsabilidad del empresario por sus dependientes *ex* artículo 1903.IV CC tiene su justificación en la consideración de que, de algún modo, ha intervenido en la producción del daño, a través de su culpa en la elección o en la vigilancia o dirección¹¹⁰.

En este sentido, es especialmente lúcida la argumentación de Jordano Fraga¹¹¹, apoyada en la opinión de numerosos autores, en su mayor parte alemanes.

Este autor, con toda razón, muestra el paralelismo existente entre la responsabilidad civil extracontractual indirecta y la responsabilidad civil contractual indirecta. Se trata, como dice, de un paralelismo útil.

Naturalmente, nada obliga a que la regulación de ambas responsabilidades civiles indirectas responda a los mismos principios. La imputación jurídica del daño al responsable indirecto podría hacerse en una objetivamente, y en otra sobre la base de su culpa personal (*in eligendo, in vigilando*). Esta disparidad de regulaciones es perfectamente posible, y para producirla basta que el legislador se lo proponga, como, por ejemplo, sucede en Alemania, con la comparación del § 278 BGB –responsabilidad contractual indirecta– con el § 831 BGB –responsabilidad extracontractual indirecta.

Tal diferenciación normativa es, ciertamente, posible, pero, eso sí, difícilmente justificable, vistas las coincidentes exigencias o motivaciones, que tanto en el terreno de la responsabilidad extracontractual indirecta como en el de la contractual indirecta, abo-

¹⁰⁹ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁰ No obstante, BARCELÓ (*op. cit.*, pp. 180 ss.), como expusimos anteriormente, tiene el mérito de destacar la inconveniencia de la tesis subjetiva, manteniendo el artículo 1903.VI en su estado actual.

¹¹¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 444 ss.

gan por su respectiva independización de la culpa personal del responsable indirecto. En particular, para el caso de responsabilidad extracontractual indirecta que, por razón de analogía, nos interesa, el de los empleados y dependientes, se han utilizado, en favor de su objetivación, buena parte de los ya conocidos argumentos empleados en el terreno de los auxiliares en el cumplimiento: protección de la víctima del daño, a la hora de reclamar la reparación del mismo, tanto desde la perspectiva probatoria como desde la de la efectividad de la indemnización (normal insolvencia del dependiente causante directo del daño); idea de la conexión riesgo del personal aprovechamiento del mismo, o del *commodum* y el *incommodum*.

En todo caso, lo que interesa aquí subrayar, como ha puesto de relieve la propia doctrina alemana¹¹², es que nada impone esa disparidad de regulación, ni la diversa naturaleza de la responsabilidad en uno u otro caso, ni siquiera la exigencia en cada uno de ellos de diversos presupuestos.

Como observa Yzquierdo Tolsada¹¹³, si la doctrina subjetivista es notoriamente insuficiente en la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, en la contractual lo es más todavía.

A nuestro juicio, la fundamentación de la responsabilidad del empresario en la culpa por los daños causados por sus auxiliares es tan inidónea en el ámbito contractual como en el extracontractual, ya que, como hemos visto, si se propugna el carácter objetivo para configurar la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares, parece lógico, existiendo argumentos convincentes para defenderlo, como puede ser el texto del artículo 1904 CC y el del artículo 120.4.º CP, estimar que la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes ha de tener un carácter análogo, para no incurrir en una fragante incoherencia. Por último, no podemos olvidar que en el panorama del Derecho comparado, con buen criterio, se acoge en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos el carácter objetivo de la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes (cfr. arts. 1384 CC francés, 2049 CC italiano y 500 CC portugués). En el Derecho anglosajón se impone la responsabilidad vicaria del empresario. En cambio, en el Derecho alemán el § 831 BGB basa la responsabilidad del dueño del negocio

¹¹² HANAU, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, pp. 890 y 891; KUPISCH, «Die Haftung der Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB)» *JuS*, 1983, p. 818.

¹¹³ YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., p. 275.

por los daños que su auxiliar cause a un tercero en una culpa propia, pudiendo exculparse, y en este modo eximirse de responsabilidad, si prueba que empleó la diligencia necesaria tanto en la elección, supervisión y dirección del auxiliar como al proporcionarle los útiles de trabajo, quedando igualmente liberado si prueba que, aun habiendo actuado negligentemente, el daño se habría producido de todos modos. Sin embargo, el § 278 BGB configura la responsabilidad contractual del deudor por los daños causados por sus auxiliares en el cumplimiento de sus obligaciones de manera objetiva¹¹⁴.

Apreciamos, por tanto, que en el Derecho alemán el § 831 BGB basa la responsabilidad delictual del dueño del negocio en una culpa propia, mientras que la misma es irrelevante a la hora de imponer al deudor la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento que establece el § 278 BGB.

Considerando que el sistema de responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes tiene en nuestro Código Civil un acusado carácter subjetivo, de acuerdo con el último párrafo del artículo 1903 CC, Barceló¹¹⁵ señala que la norma viene a tener un contenido similar al del § 831 BGB.

Hemos expuesto con amplitud cómo nuestra jurisprudencia evita las nefastas consecuencias que tendría para la víctima una tesis semejante, objetivando la responsabilidad del empresario a través del expediente de la elevación de la diligencia para lograr que la prueba liberatoria prevista en el artículo 1903.IV CC apenas pueda operar en la práctica.

Aunque una solución semejante ha sido acogida también por los Tribunales alemanes en algunos casos a la hora de aplicar el § 831 BGB, llegando a resultados parecidos a los derivados de la aplicación del § 278 BGB, es decir, la imposibilidad de exoneración del *dominus negotii*¹¹⁶, la jurisprudencia alemana ha preferido, a diferencia de la nuestra, evitar sencillamente la aplicación del § 831 BGB, a fin de proteger al perjudicado, situando el problema frecuentemente en el ámbito de la *culpa in contrahendo* con la consiguiente aplicación del § 278 BGB, como ocurrió en el famoso caso del linóleo (sentencia del *Reichsgericht* de 7 de diciembre de 1911, RGZ 78, 239) y en otros casos posteriores resueltos por los Tribunales alemanes¹¹⁷.

¹¹⁴ Un amplio análisis del Derecho comparado en torno a la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus auxiliares por ZELAYA, *op. cit.*, pp. 34 ss., y BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 87 ss.

¹¹⁵ BARCELÓ, *op. cit.*, p. 180.

¹¹⁶ Vid. CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 31 y 95.

¹¹⁷ Vid. CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 25 ss.

Esto significa que la solución que se ha impuesto en la jurisprudencia alemana para superar los graves inconvenientes de la aplicación del § 831 ha sido extender los remedios contractuales a supuestos de evidente responsabilidad aquiliana. Este mecanismo, muy eficaz, ha sido designado por Markesinis¹¹⁸, «*from tort to contract*», y lo ha descrito de la siguiente manera: en pocas palabras, significa invocar las flexibles reglas de la responsabilidad contractual para remediar las deficiencias de la responsabilidad extracontractual¹¹⁹.

Precisamente, la función esencial del instituto jurídico de la *culpa in contrahendo* por infracciones de deberes de protección radica en que también en el marco de la culpa en la conclusión del contrato los interesados responden por la culpa de sus auxiliares de acuerdo con la normativa contractual (§ 278 BGB)¹²⁰.

Se subraya en nuestra doctrina que la experiencia alemana podría repetirse igualmente en España, si se piensa que también el fundamento de la responsabilidad del principal por sus dependientes *ex* artículo 1903.IV CC se asienta en una culpa presunta de aquél, y que, por tanto, asimismo en este caso sea de aplicación la contrapueba de la diligencia a que alude el artículo 1903.VI CC¹²¹.

Aunque la solución acogida en el Derecho alemán por la jurisprudencia para evitar la aplicación del § 831 BGB sea ingeniosa y conduzca a un resultado equitativo, ya que se protege eficazmente al perjudicado por los daños causados a terceros por el auxiliar del dueño del negocio, es difícilmente justificable en nuestro Derecho, e incluso en el alemán, donde, cada vez con mayor insistencia, se afirma que los deberes de protección (*Schutzpflichten*) no pueden incluirse en el ámbito de la *culpa in contrahendo*, sugiriéndose que se cambien determinados aspectos del régimen de la responsabilidad extracontractual y, sobre todo, la reforma del § 831 BGB¹²².

Consideramos que es más satisfactoria la solución acogida por nuestra jurisprudencia y la doctrina dominante, ya que, como hemos visto, existe base suficiente para defender de manera con-

¹¹⁸ MARKESINIS, *The German Law of Torts*, Oxford, 1990, p. 499.

¹¹⁹ CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 31.

¹²⁰ CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., p. 36.

¹²¹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 257.

¹²² *Vid.* CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 91 ss. No obstante, hay que subrayar que encontrándosese en prensa este estudio, la Ley de 1 de enero de 2002 ha introducido una importante reforma del Derecho de obligaciones alemán, enmarcado en el BGB, contemplando la *culpa in contrahendo*, donde se sitúan los deberes precontractuales de protección (§ 311 BGB). (*Vid.* HUBER/FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, pp. 69 y 70.)

vincente que la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, pudiendo entenderse, además, en sentido amplio la noción de dependencia, como expusimos anteriormente. No es preciso dejar prácticamente sin aplicación al artículo 1903.IV CC, lo cual, desde luego, es difícilmente justificable, recurriendo a una solución como la acogida en el Derecho alemán, muy discutible, que, sin embargo, es útil para reafirmar que la posición adoptada por nuestro TS y la tesis que aquí propugnamos, en línea con la imperante en nuestra doctrina científica, es la más adecuada desde todos los puntos de vista. Por ello, como expusimos en el comentario a la citada STS de 29 de marzo de 1996¹²³, la posición de nuestra jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 1903.IV y VI CC explica que no sea imprescindible proceder a la reforma del texto de este precepto, de igual manera que en Alemania subsiste el texto del § 831 BGB, a pesar de las duras críticas dirigidas contra el mismo¹²⁴, por la labor de la jurisprudencia alemana.

Tras todo lo dicho, cabe concluir que, como hace bastantes años señaló Díez-Picazo¹²⁵, la responsabilidad del empresario pertenece al terreno de la responsabilidad por riesgo, como aparece apuntado ya en la STS de 24 de marzo de 1953.

La prueba exculpatoria del empresario es tan improbable que pueda producirse que ciertamente es más riguroso hablar, en consonancia con este autor, de responsabilidad por riesgo que de responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, teniendo en cuenta la realidad social, que es un criterio esencial para interpretar las normas jurídicas (art. 3.1 CC).

Después de mostrar de manera rigurosa las causas que determinaron la redacción del artículo 1903 CC, que se desvía de sus modelos y antecedentes legales y doctrinales, De Castro¹²⁶ observa

¹²³ CABANILLAS, *op. cit.*, p. 918.

¹²⁴ Sobre estas críticas, *vid.* CABANILLAS, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, cit., pp. 30 ss.

¹²⁵ Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 304. Más recientemente subraya este autor (*Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162) que la prueba de la diligencia *in eligendo* (elegir buenos dependientes) o *diligencia in vigilando* (dar las instrucciones necesarias y controlar el funcionamiento) resulta prácticamente imposible en las organizaciones económicas de gran extensión, en las cuales puede caber la primera de las formas de diligencia, pero nunca la segunda. Piénsese en grandes empresas de transportes en que los controles de la dirección sobre la actividad de los dependientes no pueden resultar demasiado grandes.

¹²⁶ DE CASTRO, «Contestación al discurso del excelentísimo señor don Jesús Rubio García-Mina de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sobre la responsabilidad civil del empresario», en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1997, pp. 1708-1710.

con gran realismo que los resultados a que puede llegarse, aplicando la letra del artículo 1903 CC son desconcertantes. Por ejemplo, si un operario electricista, por inadvertencia al hacer una instalación, causa daños irreparables en valiosos aparatos, la empresa de la que es dependiente no responderá subsidiariamente de los mismos si prueba que empleara toda la diligencia de un buen padre de familia enviando operario de confianza y experimentado. En cambio, si el dependiente se apropia de los aparatos que recoge para componer y es condenado penalmente, sería la empresa responsable civil subsidiaria.

La prudencia de los Tribunales ha paliado las consecuencias escandalosas a que hubiera llevado una interpretación del artículo 1903, tan favorable a los intereses de los empresarios y tan contraria al espíritu de las leyes y del bien común.

A tal efecto, agrava la carga de la prueba de la diligencia impuesta al empresario (STS de 20 de febrero de 1922, JC 155); de tal modo, que no se oculta, sino que se proclama, que «la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad civil 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» (STS de 24 de marzo de 1953, RAJ 913)¹²⁷. Con otro enfoque, pero coincidente en los resultados, la doctrina jurisprudencial ha establecido que «la responsabilidad del empresario es directa y principal por los daños y perjuicios que originan los actos de sus trabajadores, en el servicio o con ocasión de sus funciones» (STS de 16 de abril de 1963, RAJ 1970)¹²⁸.

Esta última dirección doctrinal es la más adecuada a la realidad y exigencias sociales. El empresario, en virtud del mismo artículo 1902, parece que ha de responder por los actos de su dependiente, cuando y en cuanto éste obra como instrumento o pieza indispensable para el funcionamiento de la empresa; y, no menos, en cuanto el cliente confía bienes propios o abre las puertas de su casa al dependiente, por su confianza en la responsabilidad del empresario.

La objetivación de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes es todavía, si cabe, más defendible y necesaria en casos como el de la sentencia que comentamos, ya que como afirma el TS la aplicación de un criterio

¹²⁷ Es significativo que De Castro tenga en cuenta de igual manera que Díez-Picazo la doctrina de la STS de 24 de marzo de 1953, en la que se apoya este autor, al comentarla, para propugnar que la responsabilidad del empresario es por riesgo.

¹²⁸ Ya nos hemos referido a la STS de 16 de abril de 1963, por ser la que con mayor amplitud y fuerza convincente justifica el carácter directo de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus dependientes (CABANILLAS, *op. cit.*, pp. 906 ss.).

más o menos riguroso depende de las circunstancias del caso concreto, siendo evidente que 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*.

La conclusión a la que llega el TS es, sin duda, acertada, pero de ella no creemos que quepa concluir, a sensu contrario, que cuando el empleado no posea un alto grado de cualificación técnica en la actividad motivadora del daño sea preciso acoger un criterio menos riguroso, de tal manera que la responsabilidad del empresario deba dejar de tener un matiz objetivo y, por tanto, la tesis más adecuada sea la puramente subjetiva.

El propio TS parece que lo desmiente, cuando afirma en la sentencia que si bien la tesis subjetiva que se esgrime en los motivos del recurso de casación es dialécticamente admisible, no se corresponde con la que la doctrina jurisprudencial preconiza en la interpretación y aplicación del artículo 1903.IV CC.

Ya hemos expuesto con amplitud la posición de nuestro TS, que a través del expediente de la elevación de la diligencia, que tiene un sólido apoyo en el último párrafo del artículo 1903 CC, logra que la responsabilidad del empresario devenga realmente objetiva, sin tener que forzar el texto de dicho precepto.

Este planteamiento se vislumbra en la sentencia que comentamos, al afirmar el TS que no cabe escudarse en la adopción de todas las medidas de seguridad y garantía cuando las previsiones adoptadas se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos, lo que hace presumir que no se ha producido el agotamiento socialmente adecuado.

Ciertamente, Díez-Picazo¹²⁹ subraya con razón que la línea que parece seguir nuestra jurisprudencia es la de un retorno a la responsabilidad por culpa como principio, y por ello este autor considera imprescindible precisar el concepto de culpa, ya que si este concepto no se precisa, ese retorno termina siendo más aparente que real y no tiene mucho sentido hablar de un «reproche culpabilístico» si no se termina de saber cómo ha de hacerse éste y no se lleva a cabo con alguna dosis de rigor. Este retorno determina que la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo sea un supuesto excepcional. Por eso la culpa es, como observa Díez-Picazo¹³⁰, el factor decisivo de la responsabilidad civil.

¹²⁹ Díez-PICAZO, «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», *ADC*, 2001, p. 1009.

¹³⁰ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 351 ss.

Sin embargo, este retorno, evidentemente cierto, no se ha producido en el marco de la responsabilidad del empresario por los daños causados a terceros por sus dependientes, como evidencia la sentencia que comentamos y casi todas las que aplican el artículo 1903.IV CC, y el propio Díez-Picazo al señalar, como dijimos anteriormente, que la diligencia *in vigilando*, especialmente, resulta prácticamente imposible en las organizaciones económicas de gran extensión ¹³¹. Tal vez porque existen numerosos argumentos, apoyados en el Derecho positivo, que hemos expuesto con cierto detenimiento, para justificar que dicha responsabilidad es por riesgo, sin que la circunstancia de que la responsabilidad por riesgo constituya un supuesto excepcional y que la culpa sea un factor decisivo de la responsabilidad civil, sea un argumento determinante para no fundamentar la responsabilidad del empresario, en el supuesto citado, en el riesgo. Estamos en presencia de uno de los supuestos en que la idea del riesgo opera como fundamento de la responsabilidad, teniendo un fuerte apoyo en nuestro ordenamiento jurídico, como hemos tratado de poner de relieve.

No estamos en presencia de un supuesto en que se aplica la doctrina del riesgo extralegalmente (el área de la responsabilidad por riesgo ha quedado acotada por la evolución legislativa), lo cual no parece admitir Díez-Picazo ¹³², sino que existen argumentos de Derecho positivo, como, por ejemplo, el texto del artículo 1904 CC, para justificar que la mencionada responsabilidad es por riesgo, sin que esté en contra de la tendencia hacia la tipificación de la responsabilidad por riesgo que sólo puede ampliarse por vía legislativa, de acuerdo con la evolución moderna del Derecho de daños ¹³³.

¹³¹ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., pp. 161 y 162.

¹³² Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 241.

¹³³ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, cit., p. 241.