

La responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes (comentario a la STS de 29 de marzo de 1996)

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Alicante

SUMARIO. I.—Hechos. II.—Doctrina de la sentencia. III.—La responsabilidad directa del empresario. IV.—La objetivación de la responsabilidad del empresario.

I. HECHOS

El actor, don Dionisio González Lozano, formuló demanda solicitando que se declarase que los demandados, don Augusto González Rodríguez, la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, la Compañía Transmediterránea S. A, CPPSA y el Grupo Zurich, Compañía de Seguros S. A. debían abonar, solidariamente y sin perjuicio de las relaciones internas entre los mismos, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 8.000.000 de pesetas, derivado ello de su responsabilidad civil en el accidente a consecuencia del cual resultó lesionado don Dionisio González Lozano, que se inició al maniobrar el conductor de la carretilla mecánica hacia atrás y, por no poner en ello la debida atención, desbordó el espacio de que disponía para completar la operación y fue a golpear contra una plataforma a la que desplazó hacia un contenedor depositado en el suelo hasta atrapar entre ambos al actor que circulaba por ese lugar.

El Juzgado declaró que los referidos demandados debían abonar al actor, en forma solidaria y sin perjuicio de las relaciones internas existentes entre los mismos, las siguientes cantidades: 900.000 pesetas por los días que estuvo incapacitado el actor para su trabajo habitual hasta su jubilación, 5.000.000 de pesetas por secuelas y la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por los gastos médicos posteriores al alta médica y que fueran consecuencia directa del accidente e intereses legales, sin hacer expresa imposición de costas.

La Audiencia Provincial estimó íntegramente los recursos interpuestos por las entidades Compañía Auxiliar del Puerto, la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba y el Grupo Zurich, Compañía de Seguros S. A, absolviendo a las mismas de la demanda, y estimando parcialmente el recurso interpuesto por la Com-

pañía Transmediterránea S. A. en el particular relativo al abono de los gastos médicos posteriores al alta médica que se dejan para ejecución de sentencia, pero con el límite máximo de que, sumados a los otros dos conceptos indemnizatorios concedidos, no podrán exceder de los 8.000.000 de pesetas pedidos globalmente en la demanda.

No prosperó el recurso de casación interpuesto por la Compañía Transmediterránea, S. A., invocando la aplicación indebida por la sentencia recurrida de los arts 1902 y 1903 CC.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA

La sentencia, de la que es ponente el Magistrado Excmo Sr. D. Teófilo Ortega Torres, consta de tres fundamentos de Derecho.

Primero—En el primer motivo del recurso, amparado, como el segundo, en el artículo 1692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa infracción del artículo 1902 del Código Civil alegándose, en síntesis, que la doctrina jurisprudencial sobre creación de riesgo, con el consecuente desplazamiento de la carga de la prueba al agente de que ha adoptado las medidas necesarias para evitar el hecho dañoso, no es aplicable en el presente caso porque la actividad desarrollada, «por saberse peligrosa, se encierra en los límites de un recinto, vedado al público, gozando así de la seguridad de que, si se respeta la prohibición de acceso, nadie podrá ser dañado», y sostiene también la recurrente, Compañía Transmediterránea, S. A, que aun en la hipótesis de estimarse la concurrencia de algún grado de culpa en el operario, «estaríamos, cuando menos, en presencia de un concurso de culpas, ya que la del accidentado (nos) parece innegable, debiendo, en consecuencia, moderarse la responsabilidad del operario y —en su caso— de los responsables solidarios determinados por el artículo 1963 (sic, debe referirse al art. 1903) del Código Civil».

La sentencia impugnada establece que el accidente a consecuencia del cual resultó lesionado don Dionisio González Lozano se inició «al maniobrar el conductor de la carretilla mecánica hacia atrás y, por no poner en ello la debida atención, desbordó el espacio de que disponía para completar la operación y fue a golpear contra una plataforma a la que desplazó hacia un contenedor depositado en el suelo hasta atrapar entre ambos al actor que circulaba por ese lugar», lo que, sin la menor duda, demuestra la negligencia en que incurrió el conductor de la carretilla, el codemandado don Augusto González Rodríguez, sin que sea atenta lo argumentado ahora por la recurrente, dado que: a) En la sentencia consta que ninguna de las Entidades apelantes, entre las que se encontraba la hoy recurrente en casación, ha discrepado del relato antes transcrito, quiere decirse que, en rigor, no se ha producido el desplazamiento de la carga de la prueba por aplicación de la teoría del riesgo; b) En cualquier caso, es claro —y así lo reconoce la recurrente— que la actividad desarrollada era peligrosa y no ofrece duda que se realizaba en beneficio de la Compañía Transmediterránea, sin que el hecho de ejecutarse en un recinto cerrado al público desvirtúe las conclusiones a que llega la Audiencia, tanto menos cuando la víctima fue «una persona que desarrollaba su trabajo en el recinto portuario y no circulaba próximo a la máquina en movimiento, sino que dejaba en medio una plataforma con cuyo desplazamiento, consecuencia de maniobra descuidada del conductor de aquélla, no estaba obligado a prever», según se declara en la sentencia; y c) Además, aun admitiendo la

prohibición de acceso a la zona de carga y descarga de las personas ajenas a dichas operaciones, la eventual infracción de tal prohibición por el Sr. González Lozano carece, del modo como se produjo el accidente, de la mínima relevancia incluso para apreciar la concurrencia de culpas invocada, que no cuenta con apoyo fáctico, siendo, por otra parte, de muy distinta entidad y virtualidad jurídica —en este sentido, sentencias de 25 de febrero y 22 de septiembre de 1992— las respectivas culpas que se dice concurrir, de todo lo cual se sigue el decaimiento del motivo examinado.

Segundo.—El segundo motivo del recurso se formula por infracción del artículo 1903 del CC con referencia a la responsabilidad de la recurrente, respecto a la cual se argumenta por la Sala de instancia que «el criterio para la extensión de la responsabilidad extracontractual a personas no causantes funciona correctamente en relación con la Compañía Transmediterránea S. A., por cuanto respecto de la actividad causante del daño y durante el tiempo en que se desarrolló era la empresaria del trabajador que la realizó, dado que aquélla formaba parte de su actividad o tráfico empresarial y éste actuaba a su servicio, bajo sus órdenes y vigilancia, sin dependencia para ese trabajo de ninguna otra empresa», fundamentación de la que discrepa la Compañía Transmediterránea alegando sustancialmente que: a) Actuó con la diligencia exigida al solicitar de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Santa Cruz de Tenerife el nombramiento de un operario —específicamente cualificado para estas tareas, como lo están o, al menos, deben estarlo, todos los incluidos en su censo—; y b) «Si se determina la concurrencia de responsabilidad en la Compañía Transmediterránea, S. A. con base en que en el momento de producirse el siniestro, el operario conductor de la carretilla actuaba a su servicio, bajo sus órdenes y vigilancia, en ningún caso podría dejar de determinarse la concurrencia de esa misma responsabilidad en la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, S. A., que es quien contrató —eligió— al trabajador y quien se hace responsable de su formación y capacitación profesional, siendo además quien le designó para la prestación del servicio concreto durante el cual se produjo el accidente. Ello conllevaría una declaración de responsabilidad solidaria de ambas sociedades, por lo que solicita alternativamente la condena en forma solidaria de los codemandados don Augusto González y la Sociedad Estatal Estiba y Desestiba del Puerto de Santa Cruz de Tenerife, S. A.».

No ha de prosperar tampoco este motivo en atención a que: a) La responsabilidad directa de la Compañía Transmediterránea deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1903 del CC y se fundamenta en la culpa «in vigilando» sin que, en relación con el último párrafo del precepto, haya base para entender que empleó toda la diligencia exigible para prevenir el daño, la prueba de lo cual incumbía a la empresa, según se desprende del mismo párrafo sexto del artículo 1903, siendo de notar que la doctrina jurisprudencial —así, sentencias de 25 de octubre de 1966, 3 de mayo de 1967, 16 de marzo de 1986 y 21 de noviembre de 1987— configura esta responsabilidad del empresario como «cuasiobjetiva» y no resulta aceptable su exoneración por utilizar un operario —del que no consta cualificación especial— que supone se halla capacitado para realizar el trabajo que se le encomienda sino que, por el contrario, son exigibles medidas de vigilancia y control del desempeño de su tarea en evitación de sucesos como el que nos ocupa; y b) La condena al Sr. González Rodríguez ya se ha acordado en la sentencia impugnada al mantener en su fallo «los demás pronunciamientos sustantivos que contiene» la dictada en primera instancia, y, en cuanto a la Sociedad Estatal Estiba y Desestiba, se tiene que es una demandada ya

absuelta por lo que no es posible su condena a instancia de la codemandada Compañía Transmediterránea, a más de que en ningún caso procedería, según ya tuvo ocasión de declarar esta Sala, en sentencia de 21 de septiembre de 1987, para un supuesto análogo en que la responsabilidad se exigía a la Organización de Trabajos Portuarios.

Tercero.—La desestimación de ambos motivos del recurso conlleva la de éste, con la preceptiva condena en costas a la recurrente, conforme dispone el artículo 1715, in fine, de la Ley Procesal Civil.

III. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL EMPRESARIO

El TS tiene en cuenta la responsabilidad directa de la Compañía Transmediterránea, S. A., para la cual trabajaba (existía una indudable relación de dependencia) el conductor de la carretilla mecánica, que ocasionó el accidente que produjo graves lesiones al actor. La citada responsabilidad directa deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC.

El artículo 1903 CC, a diferencia del artículo 120 del nuevo CP, aprobado por la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, no expresa ni regula una responsabilidad civil subsidiaria, es decir, en defecto del principalmente obligado.

En efecto, la expresión «en defecto» que utiliza el precepto penal no aparece en el precepto civil. De ahí que, en contraste con la postura de García Goyena¹ en el sentido de que partiendo precisamente del carácter subsidiario de la responsabilidad civil de los amos regulada en el artículo 18 del CP de 1848, sostenía que la responsabilidad civil contenida en los párrafos 4 y 5 del artículo 1901 del Proyecto de Código Civil de 1851 debía ser del mismo carácter, «porque no debe ni puede ser más fuerte e intensa la responsabilidad por simple culpa o negligencia que la procedente de falta o delito», la jurisprudencia de la Sala Primera del TS haya declarado reiteradamente que el artículo 1903 CC sanciona una responsabilidad directa del empresario.

La importante STS (Sala Primera) de 16 de abril de 1963 (RJA 1970) fundamenta ampliamente esta solución, afirmando de manera convincente lo siguiente: Que el primer motivo del recurso, plantea el sugestivo problema de determinar cuál sea la naturaleza de la responsabilidad civil que contrae el empresario por la actividad de sus empleados y dependientes, cuando, en el ejercicio o con ocasión de su función, originan daños o causan perjuicios a otras personas, bien estén ligadas a las empresas por algún vínculo contractual —contrato de transporte, por ejemplo—, o bien no tengan vínculo jurídico especial con ellas, pues mientras la sentencia impugnada proclama que tal responsabilidad es principal, directa e independiente de la que el propio empleado pueda contraer, en cambio, el recurrente sostiene que esa responsabilidad es indirecta, subsidiaria de la contraída por el empleado; si se estima que es tan principal como la que contrae el empleado asalariado, según la sentencia entiende, podrá ejercitarse aquella con independencia de ésta; sí, por el contrario, se entiende que la del empresario es subsidiaria de la principal contraída por el empleado que trabaja por cuenta y bajo la dependencia de aquél, entonces estarán ambos ligados por un litis consorcio pasivo necesario, y no podrá actuarse válidamente en el proceso la preten-

¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852, p. 255.

sión de exigencia de responsabilidad civil por los actos imputados al trabajador, si no se demandan, a la vez y conjuntamente, los dos supuestos responsables civiles, ya que no podría obtenerse una declaración de responsabilidad subsidiaria de la empresa, sin que se declarase a la vez la principal del empleado o trabajador, porque no puede darse nacimiento a lo accesorio sin que, antes o a la vez, se diese nacimiento a lo principal.

Que la doctrina científica, de manera unánime, viene proclamando que la responsabilidad impuesta por el precepto contenido en el artículo 1903 del CC, a los que deben responder por otras personas que, de algún modo le están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Que en igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, que con reiteración viene declarando: a) que la obligación del empresario de reparar el daño causado por negligencia de tercera persona ligada a él por vínculo de dependencia o subordinación, es directa y no subsidiaria, «y así debe ser entendida la expresión literal y el espíritu que informa al artículo 1903 del CC», de conformidad a lo declarado en las sentencias de 18 de mayo y 27 de junio de 1904, 6 de diciembre de 1912 y 29 de marzo de 1930 –sentencia de 24 de marzo de 1953–; b) «que el artículo 1903 establece una responsabilidad directa entre el dueño o director del establecimiento o empresa y el perjudicado, que engendra entre ambos una relación jurídica material que deja a salvo la de la empresa o dueño con su dependiente, sólo para que aquélla pueda repetir contra éste lo que hubiese pagado» –sentencia de 9 de marzo de 1957–; c) que la doctrina que proclama que existe supeditación y dependencia absoluta entre la responsabilidad del director, dueño o empresario y la del dependiente que le está subordinado, es «ciertamente equivocada y contraria a la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala reflejada en los fallos de 9 de marzo y 22 de abril de 1957, 24 de marzo de 1953, 4 de mayo de 1950, 11 de abril de 1935 y 18 de marzo de 1904 –sentencia de 30 de abril de 1960–; d) que esa responsabilidad es directa «en cuanto se puede ejercitar contra la empresa sin demandar también al dependiente» –sentencia de 3 de octubre de 1961, coincidente con la de 12 de mayo de 1960.

Que contra esta casi unanimidad de doctrina sólo se alza la sentencia de 20 de marzo de 1933, que entiende que «el artículo 1903 establece una responsabilidad indirecta», y la sentencia de 19 de mayo de 1934, que, en un caso de atropello por automóvil, declaró «que si el demandado guiaba el coche, sería responsable directo... y si lo conducía tercera persona, tendría carácter subsidiario».

Que establecido, pues, 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», resulta evidente que la pretensión de resarcimiento se puede ejercitar directamente contra tales empresas, sin tener que demandar, antes o a la vez, a los trabajadores, causantes materiales de los daños y perjuicios resarcibles; y así lo ha venido proclamando esta Sala en las sentencias que quedan relacionadas, en las cuales ha declarado: a) que puede demandarse exclusivamente a la empresa, por lo que no es viable el motivo del recurso que se basa en la subordinación de esas dos responsabilidades –sentencia de 24 de marzo de 1953–; b) que «el problema de un consorcio necesario entre el causante material de un daño sancionado en el artículo 1902 y el responsable del mismo, a tenor de los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1903, por

virtud del que para su efectividad no puede ser demandado éste solo, sino que ha de serlo conjuntamente –litis consorcio necesario– con aquél», hay que resolverlo negativamente, porque «la responsabilidad del causante material del daño, se origina por culpa «in operando», mientras que la la de la personas por cuenta de quien se trabaja, se produce por su culpa «in vigilando» –o «in eligendo»–, por todo lo cual debe concluirse que el causante del daño no es término subjetivo necesario en la relación jurídica que se contempla en este caso» –sentencia de 9 de marzo de 1957–; y c) que la sentencia de instancia que admite «un insoslayable consorcio pasivo necesario, impuesto por la supeditación y dependencia absoluta entre la responsabilidad del director dueño o empresario y la del dependiente que le está subordinado, sostiene doctrina ciertamente equivocada y contraria a la reiterada y uniforme de esta Sala» –sentencia de 30 de abril de 1960.

Que contra esta doctrina no pueden prevalecer los preceptos penales que otorgan el carácter de subsidiaria a la responsabilidad de los empresarios respecto de los delitos cometidos por sus empleados, porque cada jurisdicción tiene que amoldarse a sus peculiares normas sustantivas y procesales.

Que, a mayor abundamiento, el propio texto del artículo 1904 del CC admite que el empresario puede ser condenado al pago, en proceso en que no haya sido parte su dependiente o subordinado, pues dispone que «el que paga el daño causado por sus dependientes, puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho».

Las SSTs de 29 de febrero de 1996 (RJA 1612), 26 de febrero de 1996 (RJA 1595) y 13 de octubre de 1995 (RJA 7407), entre otras muchas, afirman que tal responsabilidad directa exige como presupuesto la culpa «in operando» del dependiente, lo cual, a nuestro juicio, es coherente con la lógica de los artículos 1902 y 1903 CC (responsabilidad por hecho ajeno).

La responsabilidad directa y no subsidiaria del empresario es afirmada por numerosas sentencias, cabiendo citar, además de las mencionadas, entre las más recientes las de 11 de marzo de 1966 (RJA 2410), 29 de febrero de 1996 (RJA 1612), 11 de octubre de 1995 (RJA 7406), 5 de octubre de 1995 (RJA 7020), 28 de octubre de 1994 (RJA 7875), 6 de octubre de 1994 (RJA 7465), 27 de septiembre de 1994 (7307), 10 de marzo de 1994 (RJA 1736), 21 de septiembre de 1993 (RJA 6650) y 24 de febrero de 1993 (RJA 1251).

La citada STS de 6 de octubre de 1994 puntualiza que la responsabilidad del empresario es atribuible de forma directa, ya que es él quien se aprovecha de la actividad de otro, dependiente, consiguiendo una ampliación beneficiosa de la esfera negocial (SSTs de 30 de junio de 1991, 24 de febrero de 1992, 4 de noviembre de 1992 y 21 de septiembre de 1993).

La referida STS de 5 de octubre de 1995 declara que la responsabilidad por hecho ajeno, por culpa «in eligendo» o «in vigilando», no es subsidiaria, sino directa, pudiendo dirigirse contra el autor del daño material y contra el que debe responder por culpa «in vigilando» o «in eligendo» o solamente contra éste, sin perjuicio de las posibles reclamaciones posteriores entre ellos, doctrina reiterada y pacífica que obliga a la desestimación del motivo, sin necesidad de reseñar las innumerables sentencias en que está contenida.

Según la aludida STS de 11 de marzo de 1996, la responsabilidad exigible y derivada de las personas que deben responder por comportamiento culposo o negligente de quienes están en relación de dependencia respecto del principal o empresa por los daños causados a un tercero, no es de carácter subsidiario respecto de la definida en el artículo 1902 del CC, sino directa al derivar de culpa «in eligendo» o «in vigilando», lo que crea un vínculo de solidaridad entre todos

aquellos a quienes alcanza aquélla (Sentencias del TS de 30 de diciembre de 1981, 1 de julio de 1983, 22 de junio de 1988 y 29 de junio de 1990).

La doctrina jurisprudencia expuesta ha influido, como es lógico, en nuestra doctrina científica, aunque algún autor sigue teniendo en cuenta el argumento de García Goyena e incluso se plantea, aunque con escasa fuerza convincente, la posible inconstitucionalidad del carácter directo de la responsabilidad del empresario.

Aldar² pone de relieve que si hubiese lugar a procedimiento criminal contra algún dependiente del empresario, la posición de éste es mucho más ventajosa que si la responsabilidad se exige en juicio civil. El contrasentido es evidente: el fundamento, según la jurisprudencia, de la responsabilidad del empresario se encuentra en la existencia de culpa «in vigilando» o «in eligendo»; por tanto, cuando la culpabilidad es presuntamente superior, pues la falta del trabajador que dio lugar al accidente de otro es tan grave que se ha producido una infracción penal, el empresario responde en segundo grado, mientras que si la culpa no excede de los límites de lo civil el empresario responde directamente. Es decir, a mayor culpabilidad la responsabilidad es menor.

Según Forcada³ surgen serias dudas acerca de la legalidad del artículo 1903 CC; al menos tal como el mismo es interpretado unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina: se refiere a la responsabilidad extracontractual por los hechos de otro, pero de forma directa, no subsidiaria.

No parece ocioso pensar que la interpretación dada al artículo 1903 hace caso omiso de las prescripciones del artículo 3.1 CC, pues la correcta interpretación exige tener en cuenta el ordenamiento jurídico todo, y muy concretamente el ordenamiento penal, de cuyo examen aparece, sin discusión alguna, la responsabilidad civil subsidiaria de las mismas personas a que alude el artículo 1903 CC.

Si hay que aceptar que la máxima responsabilidad de nuestro ordenamiento jurídico es la de índole penal y la misma lleva aparejada solamente una responsabilidad civil subsidiaria o de segundo grado, no parece que sea correcto unir a la simple y única responsabilidad civil una responsabilidad mayor cual es la directa o de primer grado. Ya lo decía García Goyena al examinar el precepto que nos ocupa.

Por todo lo expuesto, bajo ningún concepto, puede ser válida una interpretación que prescriba una responsabilidad civil mayor por las infracciones meramente civiles que por aquellas infracciones que infrinjan, además, la esfera penal.

Con todo cuanto antecede no parece descabellado pensar que tal interpretación va contra lo establecido en la Constitución, por ser contraria al artículo 24 CE, pues el condenado no puede defenderse alegando infracción de ley, al no decir nada el artículo 1903 acerca de que la responsabilidad que regula sea directa, ni tampoco infracción de doctrina legal, que justamente propugna la directa responsabilidad; por vulnerar también el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), al castigar con mayor intensidad a quien ha cometido una infracción de menor entidad; y fundamentalmente, por burlar el principio de legalidad (art. 25 CE), al condenar civilmente por aquello por lo que no se puede condenar penalmente. Puede mantenerse la inconstitucionalidad del artículo 1903 CC tal como es interpretado unánime y reiteradamente. La Constitución obliga al juez a no

² ALDAR, «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa», *RDP*, 1980, p. 247.

³ FORCADA, «La responsabilidad civil dimanante del artículo 1903 del Código Civil y su posible inconstitucionalidad», *La Ley*, 1986-4, pp. 1023 ss.

interpretar el artículo 1903 en el sentido de considerar la responsabilidad civil en él regulada como directa y si sólo como subsidiaria.

Así las cosas, entiende Forcada⁴ que la mejor solución pasa por la reforma del artículo 22 CP, pues no hay inconveniente alguno, y sí ventajas, en que proclamase la responsabilidad civil directa y no subsidiaria como hace ahora.

Desgraciadamente, el nuevo Código Penal sigue manteniendo la responsabilidad civil subsidiaria en el citado artículo 120. 4.º, subsistiendo la incongruencia de que la responsabilidad civil *ex* artículo 1903 CC sea directa, mientras que la contemplada en el artículo 120. 4.º CP sea subsidiaria, aunque no creemos que ello justifique que la responsabilidad civil por hecho ajeno prevista en el artículo 1903 tenga que ser necesariamente subsidiaria, a pesar de que no lo establezca este precepto, o la pretendida inconstitucionalidad de la interpretación que nuestra jurisprudencia civil y la doctrina dominante dan al artículo 1903, es decir, la responsabilidad directa y no subsidiaria. No tenemos conocimiento de que, además de Forcada, lo haya defendido algún otro autor, y desde luego, no se ha planteado hasta la fecha cuestión alguna ante el Tribunal Constitucional, ni creemos que vaya a plantearse en el futuro.

Es frecuente que nuestra doctrina⁵ se limite, sin plantearse mayores problemas, a reflejar la apuntada doctrina jurisprudencial, destacando que la responsabilidad civil del empresario es directa y no subsidiaria, y que existe una clara diferencia con respecto a la responsabilidad contenida en el Código Penal, de carácter subsidiario (art. 120 CP)⁶, lo cual, a nuestro juicio, no tiene una justifi-

⁴ FORCADA, «La responsabilidad civil dimanante del artículo 1903 del Código Civil y su posible inconstitucionalidad», *cit.*, p. 1025.

⁵ DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 365; y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. II*, Madrid, 1991, p. 2008; ASÚA, *Manual de Derecho civil* de Puig i Ferriol, Gete-Alonso, Gil Rodríguez y Hualde, II, Madrid, 1996, p. 483; BARCELÓ, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, 1995, pp. 338 ss; CABANILLAS, «Dependiente (responsabilidad por) (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica. II*, Madrid, 1995, p. 2114; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral. IV*, 15.ª edición revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, Madrid, 1993, p. 983; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, Barcelona, 1997, p. 128; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil, I*, Madrid, 1995, p. 844, y *Sistema de Derecho civil, II*, Madrid, 1993, p. 616; GARCÍA AMIGO, *Lecciones de Derecho civil, II, Teoría general de las obligaciones y contratos*, Madrid, 1995, p. 34; GULLÓN, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, p. 482; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1977, p. 581, nota 292 bis, y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p. 475; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, II-1.º*, Barcelona, 1985, p. 566; LASARTE, *Principios de Derecho civil, II*, Madrid, 1996, p. 510; LETE DEL RÍO, *Derecho de obligaciones, II*, Madrid, 1994, p. 634; O'CALLAGHAN y PEDREIRA, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1966, p. 510; PANTALEÓN, «Responsabilidad por hecho ajeno (Derecho civil)», en *Enciclopedia Jurídica Básica, IV*, Madrid, 1995, p. 5956; PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil, II*, Barcelona, 1994, p. 634; RAMS, *Elementos de Derecho civil, II-2.º*, Barcelona, 1995, pp. 522-523; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Valencia, 1996, p. 77, y *Derecho de obligaciones y contratos (Coord. Valpuesta)*, Valencia, 1995, p. 501; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 157 y ss, y *Derecho de obligaciones y contratos*, Barcelona, 1997, p. 298; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, I*, Madrid, 1993, p. 488; SIERRA, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, Madrid, 1997, pp. 140-141; ZELAYA, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, Pamplona, 1995, p. 649; YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, Madrid, 1993, pp. 61, 62 y 65.

⁶ MONTÉS, *Comentario al Código Penal de 1995, I*, Valencia, 1996, pp. 641-642, y SSTS (Sala Segunda) de 29 de abril de 1996 (RJA 2992), 12 de abril de 1995 (RJA 3379) y 29 de octubre de 1994 (RJA 8330).

cación razonable, debido a que la naturaleza de ambas responsabilidades no es diversa, ya que son evidentemente civiles⁷.

Zelaya⁸, tras un análisis de las diversas teorías que se invocan para justificar la responsabilidad del empresario (responsabilidad directa del empresario por culpa propia, responsabilidad vicaria del empresario por dolo o culpa del dependiente y responsabilidad directa del empresario por el riesgo de empresa) y de un detallado examen de la jurisprudencia española, llega a la conclusión de que la objetivación de la responsabilidad del empresario *ex* artículo 1903. IV se ha producido eliminando del hecho indiciario el elemento subjetivo, es decir, se ha producido la paulatina desaparición o «difuminación» de la figura del dependiente y de su personal culpa «in operando». Una evidente manifestación de este fenómeno ha consistido en eliminar la necesidad de que el concreto dependiente, que materialmente causó el daño, sea llamado por el demandante a la causa. Hay mucha jurisprudencia que condena civilmente al empresario sin que la víctima haya demandado al concreto dependiente que directamente causó el daño. Esta jurisprudencia ha dicho que el dependiente no es término subjetivo necesario en la constitución de la válida relación procesal, por cuanto la responsabilidad civil del empresario es directa y no subsidiaria. Además dicha jurisprudencia ha establecido que esta especial forma de responsabilidad civil daría origen a una obligación solidaria entre empresario y dependiente, pudiendo la víctima demandar a cualquiera de los dos por el monto total de la indemnización.

El perjudicado puede demandar sólo al empresario, sólo al dependiente causante del daño o a ambos a la vez, siendo lo más recomendable demandarlos solidariamente, como aconteció en el caso de la sentencia que comentamos⁹.

De cara a la protección de la víctima, es fundamental que ésta pueda demandar directamente al empresario, 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; en la mayoría de los casos, el dependiente es insolvente o su patrimonio es insuficiente para afrontar el pago 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 el de la teoría defendida en la actualidad por la mayor parte de los autores en torno a la interpretación del artículo 1903. IV CC.

⁷ CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, XV-1, Madrid, 1989, pp. 217 ss.

⁸ ZELAYA, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, *cit.*, pp. 34 ss y 649.

⁹ Sobre la aplicación de la solidaridad a los sujetos causantes del daño en los supuestos del artículo 1903 CC, BARCELÓ, «Responsabilidad del dueño de la obra por los daños causados en el inmueble colindante (Comentario a la STS de 1 de junio de 1994)», ADC, 1995, II, pp. 971 y ss) y SSTS de 11 de marzo de 1996 (RJA 2410), 5 de octubre de 1995 (RJA 7020), 30 de diciembre de 1992 (RJA 10565) y 4 de noviembre de 1991 (RJA 8141).

IV. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

Para el TS, la responsabilidad directa de la Compañía Transmediterránea, S. A. deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1903 CC y se fundamenta en la culpa «in vigilando» sin que, en relación con el último párrafo de este precepto, haya base para entender que empleó toda la diligencia exigible para prevenir el daño, la prueba de la cual incumbía a la empresa, según se desprende del mismo párrafo sexto del artículo 1903, siendo de notar que la doctrina jurisprudencial —así, sentencias de 25 de octubre de 1966, 3 de mayo de 1967, 16 de marzo de 1986 y 21 de noviembre de 1987— configura esta responsabilidad del empresario como «cuasiobjetiva» y no resulta aceptable su exoneración por utilizar un operario —del que no consta cualificación especial— que supone se halla capacitado para realizar el trabajo que se le encomienda sino que, por el contrario, son exigibles medidas de vigilancia y control del desempeño de su tarea en evitación de sucesos como el que nos ocupa.

Esta sentencia es una muestra muy clara de la objetivación de la responsabilidad extracontractual 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.

En el plano formal, al fundamentar la responsabilidad prevista por el artículo 1903. IV CC, la mayoría de las sentencias del TS se refieren a la culpa «in eligendo» o «in vigilando» (por citar algunas de las más recientes, las de 11 de marzo de 1996 (RJA 2410), 5 de octubre de 1995 (RJA 7020), 6 de octubre de 1994 (RJA 7465) y 27 de septiembre de 1994 (RJA 7307), aunque el criterio del riesgo también ha aparecido en la jurisprudencia, si bien la referencia a la culpa «in eligendo» o «in vigilando» del empresario sigue siendo el argumento dominante.

La verdadera clave para conocer la evolución de la jurisprudencia se encuentra en la elevación de la diligencia. Se destaca la dificultad de la contrapueba negativa del hecho presunto. Muy problemático será que tenga éxito la prueba de descargo que prevé el último párrafo del artículo 1903 CC, debido al rigor que el TS exige al empresario para destruir la presunción legal. 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 precepto citado, criterio al que se refiere la mayor parte de los autores¹⁰. El inicio de esta dirección jurisprudencial se encuentra en la

¹⁰ DE ÁNGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 328, y *Comentario del Código civil*, II, cit., p. 2013; ASÚA, *Manual de Derecho civil*, II, cit., pp. 478-479; BARCELÓ, *La responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 182 ss., y «Responsabilidad civil extracontractual de un ayuntamiento por los daños causados en el suministro de agua (comentario a la STS de 8 de junio de 1994)», *ADC*, 1996, p. 1776; CABANILLAS, «Dependientes (responsabilidad por) (Derecho civil)», cit., p. 2124, y «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo», *RCDI*, 1995, pp. 756-757; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 15.ª edición revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, cit., pp. 973, 979 y 980; CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la*

STS de 24 de marzo de 1953 (RJA 913), al afirmar que la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad civil (la contemplada por el artículo 1903. IV CC) cierto cariz objetivista en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad, sin que a tal fin sea eficaz el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tienden a prevenir los siniestros, y en esta tendencia jurisprudencial es preciso insistir por razones de convivencia social que imponen una rigurosa aplicación del principio «neminem laedere».

La mayor parte de las sentencias posteriores, de manera expresa o implícitamente, utilizan este expediente jurisprudencial, al que denominan «rigurosa prueba de la diligencia» (STS de 3 de octubre de 1961, RJA 3276). En esta línea son muy claras las SSTs de 17 de noviembre de 1980 (RJA 4206), 24 de marzo de 1980 (RJA 4211), 4 de enero de 1982 (RJA 178), 28 de mayo de 1982 (RJA 2606), 31 de octubre de 1985 (RJA 5138), 7 de noviembre de 1985 (RJA 5516), y por citar algunas más recientes, las importantes de 28 de octubre de 1994 (RJA 7875) y 26 de febrero de 1996 (RJA 1595). Concretamente afirma la citada en último lugar que según doctrina jurisprudencial, la imputación de responsabilidad basada en el párrafo cuarto del artículo 1903 tiene como fundamento la culpa «in eligendo», o «in vigilando», o el riesgo que comporta la utilización de la colaboración de otras personas en el ejercicio de una actividad que le reporta beneficios (Sentencias de 21 de septiembre y 10 de junio de 1987).

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 nuevo principio «pro damnato», al que se refiere Díez-Picazo¹¹, 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. 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.

jurisprudencia, Pamplona, 1987, p. 95; Díez-Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., p. 844, y *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 626; Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, cit., p. 580, nota 292 bis, y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pp. 467-468; Lete del Río, *Derecho de obligaciones*, II, cit., p. 182; O'Callaghan y Pedreira, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, cit., p. 509; Pantaleón, «Responsabilidad por hecho ajeno (Derecho civil)», cit., p. 5956; Puig Brutau, *Compendio de Derecho civil*, II, cit., p. 634; Rams, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, cit., p. 522; Rogel, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, cit., pp. 149-150; Rojo Fernández-Río, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia, 1974, p. 140, nota 29; Sierra, *Responsabilidad del empresario y relación de dependencia*, cit., pp. 27, 137, 138, 145 y 154; Zelaya, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, cit., pp. 186, 192, 193, 647 y 648; Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil. Contractual y extracontractual*, cit., pp. 63 ss.

¹¹ Díez-Picazo, «La responsabilidad civil, hoy», *ADC*, 1979, pp. 732 y 734, y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1973, p. 276.

Seguramente Díez-Picazo¹² fue el primer autor, que al comentar un caso de accidente provocado por una empresa de transporte terrestre (STS de 14 de febrero de 1964), expresó sus dudas sobre la coherencia del fundamento de la responsabilidad del empresario respecto a los daños causados por sus dependientes en la culpa «in vigilando» o «in eligendo».

Esta afirmación suscita alguna perplejidad. Por lo pronto, es claro que, así entendido, el sistema del artículo 1903 CC aparece como un sistema profundamente diverso del establecido para un supuesto análogo en el artículo 22 CP (art. 103. 4.º del nuevo CP), donde la responsabilidad del empresario es: a) subsidiaria y b) independiente de toda idea de culpa «in eligendo» o «in vigilando».

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 (cfr. Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, París, 1955, pp. 618 ss), y tampoco que posee un apoyo muy fuerte en el párrafo final del artículo 1903^{12 bis}, 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» (Castán, *Derecho civil español*, común y foral, IV, 9.ª edición, Madrid, 1961, pp. 790 y 791). Es evidente que, desde un punto de vista de una interpretación literal, el párrafo final del artículo 1903 admite que la presunción de culpa «in vigilando» se destruye con una prueba de la diligencia en todos los supuestos que el artículo contempla. Una interpretación teleológica y evolutiva tal vez debiera llevarnos a consecuencias distintas.

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 sentencia de 24 de marzo de 1953. Pues, ¿qué culpa «in vigilando» puede seriamente imputarse al empresario cuando su dependiente está actuando con propia incitativa 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»?

Más recientemente, Roca Trías¹³ expone las razones alegadas para fundamentar la obligación resarcitoria del empresario en el elemento riesgo: es lógico que quien obtiene un beneficio con una actividad que puede crear riesgos, asuma las consecuencias dañosas de esa actividad, o bien que la atribución de responsabilidad al empresario de forma objetiva es una consecuencia del principio de solidaridad, porque la empresa está en mejor situación de resarcir el daño que el causante directo del mismo, seguramente insolvente.

En la misma línea, Asúa¹⁴ señala que tal responsabilidad resulta imputada siempre y cuando se den dos circunstancias requeridas en el artículo 1903.

¹² Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, pp. 711-713. Hay una 2.ª edición, Madrid, 1973, pp. 302-304.

^{12 bis} Así lo ha puesto de relieve recientemente BARCELÓ (*Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 179 ss.), con amplia información doctrinal, aunque subraya que el reconocimiento de la fundamentación subjetiva no puede, sin embargo, 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.

¹³ ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, cit., p. 77, y *Derecho de obligaciones y contratos*, cit., pp. 500-501.

¹⁴ ASÚA, *Manual de Derecho civil*, II, cit., pp. 483-484.

IV: que exista una relación de dependencia y que no se trate de un caso de extralimitación del dependiente que determine la exoneración del empresario o principal. Se ve, así, una concreción de la idea de que quien obtiene el beneficio de una actividad debe responder de los daños que en el curso de la misma se causen («ubi emolumentum ibi onus o eius commoda eius incommoda»).

La interpretación del TS tiene un sólido apoyo en el último párrafo del artículo 1903 CC, pues como indica Rojo Fernández-Río¹⁵, 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 Fraga¹⁶, 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.

Sin embargo, Barceló¹⁷ pone de relieve que existen algunas sentencias de la Sala Primera del TS en las que el empresario logra exonerarse de responsabilidad como consecuencia de la aplicación directa de la previsión contenida en el último párrafo del artículo 1903 CC: las de 6 de julio de 1934 (CL 96), 24 de febrero de 1969 (RJA 995), 28 de febrero de 1983 (RJA 1078) y 18 de septiembre de 1984 (RJA 4299).

Este autor cita también las sentencias del TS de 7 de octubre de 1983 (RJA 5314) y 19 de julio de 1993 (RJA 6162)¹⁸, 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?

Zelaya¹⁹ va todavía más lejos, señalando 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 Múgica²⁰.

El escaso número de sentencias del TS que se invocan para admitir la posible exoneración de responsabilidad del empresario 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 en que lo tuviera empleado, o con ocasión de sus funciones.

¹⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *La responsabilidad civil del fabricante*, cit., pp. 140-141, nota 29.

¹⁶ JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *RDP*. 1984, p. 903, nota 37,

¹⁷ BARCELÓ, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., pp. 187 ss.

¹⁸ Anotada por BARCELÓ en *ADC*, 1995, III, pp. 1403-1405.

¹⁹ ZELAYA, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por sus dependientes*, cit., pp. 186-187, nota 263

²⁰ CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, cit., p. 92, nota 2.

La objetivación de la responsabilidad civil del empresario, defendida de manera reiterada por la Sala Primera de nuestro TS, fundamentalmente a través del expediente de la elevación del nivel de diligencia, y por la doctrina dominante²¹, es la única convincente para explicar el texto del artículo 1904 CC, en su primer apartado: «El que pago el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho».

Con toda razón, Jordano Fraga²² observa que al conceder el artículo 1904 el derecho al 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 definitivamente la parte de la indemnización satisfecha que corresponda a su propia responsabilidad personal, como concausa (causa indirecta, mediata) del daño, concurrente con la conducta del empleado (causa directa, inmediata de ese mismo daño)²³. 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

²¹ ALDAR, «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador en la empresa», *cit.*, pp. 249, 250 y 269; ALONSO OLEA Y CASAS, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1997, pp. 375 ss.; ASÚA, *Manual de Derecho civil*, II, *cit.*, pp. 483, 484 y 488; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, *cit.*, p. 126; Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, *cit.*, p. 304; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, *cit.*, pp. 579 ss, nota 292 bis, y *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, *cit.*, pp. 468 ss; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, *cit.*, pp. 565, 573 y 574; O'CALLAGHAN Y PEDREIRA, *Introducción al Derecho y Derecho civil patrimonial*, *cit.*, p. 510; PUIG BRUTAU, *Compendio de Derecho civil*, II, *cit.*, p. 634; RAMS, *Elementos de Derecho civil*, II- 2.º, *cit.*, pp. 522-523; ROCA TRÍAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, *cit.*, p. 77, y *Derecho de obligaciones y contratos*, *cit.*, pp. 500-501; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, *cit.*, pp. 159 ss, y *Derecho de obligaciones y contratos*, *cit.*, p. 300; RUBIO GARCÍA-MINA, *La responsabilidad civil del empresario, discurso de recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, con testación de De Castro, Madrid, 1971, pp. 51 ss.

²² JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, *cit.*, p. 471.

²³ Como observa GULLÓN (*Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *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.

En el mismo sentido CABANILLAS, «Dependientes (responsabilidad por) (Derecho civil)», *cit.*, p. 2124. No obstante, DE ÁNGEL (*Tratado de responsabilidad civil*, *cit.*, p. 366, y *Comentario del Código civil*, II, *cit.*, p. 2035) observa que la interpretación de GULLÓN, que suscribimos, 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.

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.

También hay que observar 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 consagra, según su propio tenor literal, 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 servicios²⁴.

La jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, en torno al texto derogado del artículo 22 CP, es muy diáfana sobre el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario. La STS de 22 de abril de 1996 (RJA 2922) afirma que reiteradamente la responsabilidad civil subsidiaria se fundamenta no sólo en los pilares tradicionales de la culpa «in eligendo» y 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 o 17 de julio de 1995, entre otras). En el mismo sentido la STS (Sala Segunda) de 29 de abril de 1996 (RJA 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.

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 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 en el ejercicio de sus funciones sea o no constitutivo de un ilícito penal (delito o falta). Tanto más, cuanto que las mismas reconocidas razones que abogan por el carácter inequívocamente 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.

El artículo 120. IV CP, en el peror de los casos, es una norma que, por su estrecha relación con el artículo 1903. IV CC, sirve para reinterpretar ésta, en el sentido más conforme a las exigencias de la realidad social de nuestro tiempo²⁵.

Tras todo lo dicho, cabe concluir que, como hace bastantes años señaló Díez-Picazo²⁶, la responsabilidad del empresario pertenece al terreno de la res-

²⁴ MONTÉS, *Comentario del Código Penal de 1995*, I, cit., pp. 641-642.

²⁵ JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., pp. 473-476.

²⁶ Díez-Picazo, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, cit., p. 304.

ponsabilidad por riesgo, como aparece apuntado en la sentencia de 24 de marzo de 1953.

La prueba exculpatoria del empresario es tan improbable que pueda producirse, que ciertamente es más riguroso hablar, en línea 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).

La posición de nuestra jurisprudencia en torno a la interpretación del artículo 1903. IV 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 párrafo 831 BGB, a pesar de las duras críticas dirigidas contra el mismo, por la labor de la jurisprudencia alemana, que incluso evita su aplicación cuando se considera necesario para la protección del perjudicado, situando el problema frecuentemente en el ámbito de la culpa *in contrahendo* con la consiguiente aplicación del párrafo 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 alemanes²⁷.

²⁷ Cfr. CABANILLAS, «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», *cit.*, pp. 756 y 779 ss, y con mayor amplitud en la monografía *Los deberes de protección en el Derecho de obligaciones* (en prensa).