

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad
Complutense*

*Letrado de la Administración de la Seguridad Social (exce-
dente)*

Extracto:

LAS organizaciones son inherentes a las empresas, y quienes en ellas trabajan toman decisiones y las ejecutan, cada vez con mayor autonomía, en un entorno económico globalizado y muy competitivo, aplicando medios, técnicas, procedimientos y métodos de producción y comerciales cada vez más complejos, sofisticados y costosos, generadores de importantes riesgos personales, sociales y naturales, que cuando se actualizan producen daños, en ocasiones cuantiosos, y que, por ser injustos (*alterum non laedere*), demandan una completa y urgente reparación.

Sumario:

- I. Introducción.
 1. El deber y la responsabilidad empresarial.
 2. La noción de empresario.
- II. La responsabilidad contractual del empresario por los actos de sus trabajadores en el cumplimiento (contractual).
 1. Planteamiento general.
 2. Presupuestos.
 3. La aplicabilidad del artículo 1.903. IV del Código Civil en supuestos de responsabilidad del empresario por los actos de sus trabajadores en el cumplimiento.
- III. La responsabilidad extracontractual del empresario derivada de los daños causados por sus trabajadores a terceros.
 1. Determinación de aquella responsabilidad con carácter general.
 2. La «moderada objetivación de la responsabilidad extracontractual del empresario» en la jurisprudencia. El incremento de la importancia de la relación de causalidad (nexo causal) y la determinación de la diligencia exigible.
 3. La aplicación del artículo 1.903.IV del Código Civil, en el marco de la evolución desde la responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva del empresario por los actos dañosos de sus trabajadores a la responsabilidad por productos o servicios (responsabilidades del mercado).
 4. Los elementos subjetivos del artículo 1.903. IV del Código Civil.
 5. La culpa del trabajador y el nexo causal.
 6. La actuación de los trabajadores «en el servicio de los ramos en los que estuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones».
- IV. La doctrina jurisprudencial en torno a la responsabilidad del empresario por la actuación de los «profesionales a su servicio».
 1. La responsabilidad sanitaria.
 2. La responsabilidad del titular del centro sanitario.
 3. El «daño moral».
- V. La responsabilidad civil del empresario por los daños derivados de actos delictivos cometidos por sus trabajadores.
 1. Consideraciones en torno a su regulación jurídico positiva.
 2. La relación de dependencia.
 3. El carácter civil y subsidiario de la responsabilidad empresarial por la conducta criminal de sus trabajadores.
 4. La objetivación de la responsabilidad civil del empresario derivada de los daños causados por los delitos y faltas de sus trabajadores.

I. INTRODUCCIÓN

«Un ordenamiento (*suum cuique tribuere*) no puede definir derechos ni deberes, sin atender a las razones del mérito y responsabilidad de cada uno de los individuos cuya conducta trata de regular. Ahora bien: estas libertades y estas responsabilidades vienen dadas en los términos de que la persona que actúa productivamente ha de ser garantizada en su libertad (puesto que es el *suum* que le corresponde en virtud de su *honesto vita*), pero también habrá de resarcir a la víctima de cualquier daño que su actividad haya causado (*alterum non laedere*)» (SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., «El desvalimiento del precepto *alterum non laedere* en el Derecho», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 26, 1996, pág. 218).

1. El deber y la responsabilidad empresarial.

El primer axioma de la justicia está «en la equivalencia de prestaciones y de resarcimientos, en el respeto de los derechos y en la igualación entre lo dado y lo recibido» (SÁNCHEZ DE LA TORRE, A., *opus cit.*, pág. 213).

Al axioma referido corresponde la vinculación de la responsabilidad al deber jurídico y su conceptualización como la sujeción general del patrimonio del deudor a la posible ejecución forzosa por el acreedor, titular del derecho subjetivo y su correlativa pretensión, lo cual, ciertamente, constituye ya un lugar común en la teoría general del Derecho. «Se es responsable porque se debe o se ha debido algo. No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quisiera ser calificado como jurídico constituye bajo una u otra forma un caso de responsabilidad» (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, sexta edición, Madrid, 1994, pág. 128), y el deber jurídico se concibe como «un determinado "estar obligado" que impone el ordenamiento jurídico en cuanto orden normativo» (LARENZ, K. «Derecho Civil», Jaén, 1978, pág. 262).

En el ejercicio de su actividad empresarial el empresario, sea una persona física, una sociedad, una fundación o una entidad pública, es responsable en los términos que con generalidad se establecen en el Código Civil tanto en sus relaciones contractuales como extracontractuales, pero además la actividad de empresa determina importantes cambios en aquel régimen de responsabilidad, que se aleja significativamente de los patrones tradicionales de la responsabilidad por culpa [URÍA, R., «Derecho mercantil», Madrid, 1997 (vigésimo cuarta edición), págs. 47-48].

La actividad de los auxiliares (trabajadores) es susceptible de comprometer la responsabilidad del deudor (empresario) cuando intervienen en el ámbito de sus relaciones contractuales (responsabilidad contractual), así como originarla cuando, mediando actividad de empresa, causa daños a terceros (responsabilidad extracontractual), y ello a pesar de que nuestro ordenamiento carece de una norma que establezca, con carácter general, tal posibilidad generatriz.

La jurisprudencia reconoce la existencia de aquella responsabilidad contractual del empresario como consecuencia de la actividad de sus trabajadores, en la preparación o en el pago o cumplimiento de las prestaciones debidas, supliendo así la falta de normativa [en la STS (Sala 1.ª) de 5-4-1982 (R.A. 1940) se indica que «esa encomienda física personal efectuada por la precitada entidad (...) para el desarrollo de la normal actividad (...) siempre produciría vinculación responsabilizadora por aplicación específica del principio de derecho *qui sentit commodum, sentire debet et incommodum*»].

El artículo 1.903. IV Código Civil establece la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños derivados de la actuación de sus trabajadores, en el ejercicio de la actividad de empresa, norma que es objeto de reiterada aplicación.

La existencia de responsabilidad empresarial en aquellos dos ámbitos no empece que dejen de significarse las importantes diferencias que se advierten entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues si en la primera de aquéllas la relación está predeterminada y «el deber de resarcimiento de daños es un deber de prestación secundario que en la estructura de la relación obligacional fundamenta un crédito para el perjudicado» (LARENZ, K., *opus cit.*, 265), no ocurre lo mismo en el ámbito de la segunda, respondiendo nuestro sistema a una determinada técnica de imputación (técnicas representadas por el Código alemán y el Law of Torts anglosajón, de un lado, y el Código francés, de otro).

Efectivamente, en nuestro Derecho la responsabilidad extracontractual «se determina y se impone en virtud de una imputación potencialmente ubicua del daño injusto. Cualquiera que sea el perjudicado o el agente del daño, al margen de conexiones reseñables entre ellos, puede promover o advenir implicado en la acción reparadora. La imputación encuentra cauce básico e inicial en la relación de causalidad» (LÓPEZ JACOISTE, J.J., «Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual», Madrid, 1994, pág. 95).

Tampoco pueden olvidarse los factores que han venido a alterar el régimen de la responsabilidad extracontractual, y que se concretan en el desarrollo de la técnica (*res ipsa loquitur*), la consideración de los derechos de la personalidad como derechos fundamentales y el desenvolvimiento mismo de las economías de mercado.

Surgiendo de una parte entonces y, paradójicamente, matizando la generalidad que en nuestro Derecho muestra la responsabilidad extracontractual, y actuando como factor de reconducción de una tendencialmente ilimitada virtualidad expansiva de aquella responsabilidad, la «doctrina de la relatividad aquiliana». Apareciendo los nuevos regímenes de responsabilidad objetiva por daños del empresario en algunas relaciones entre empresarios y consumidores finales, no sólo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sino también en el de la contractual, y siempre (incluyendo a consumidores intermedios) cuando se trata de «daños causados por productos defectuosos».

2. La noción de empresario.

No es el caso de detenernos en la delimitación de la figura del empresario pero sí señalar que aun cuando su presencia interesa a todas las ramas del Derecho, dado el sistema de producción vigente, su noción es fundamental tanto en el ámbito del Derecho de la economía privada (Derecho Mercantil) como en el Derecho de las relaciones industriales (Derecho del Trabajo), siendo de la conjunción de los conceptos al respecto manejados en ambos sectores normativos así como del régimen jurídico al mismo referido, de donde puede obtenerse la noción más correcta de empresario y de su actuación en su actividad de empresa.

Ciertamente de la responsabilidad del empresario derivada de la actividad de sus trabajadores en el cumplimiento y por los daños que causen, se trata tanto en el ámbito del Derecho del Trabajo como en el del Derecho Mercantil, basta con coger las obras más significativas en ambos sectores para advertir semejante circunstancia [ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., «Derecho del Trabajo», Madrid, 1997 (decimoquinta edición), págs. 375-378; SÁNCHEZ CALERO, F., «Instituciones de Derecho Mercantil», T. I, Madrid, 1997 (vigésima edición), pág. 70; URÍA, R., «Derecho Mercantil», Madrid, 1997 (vigésimo cuarta edición), pág. 47].

«La responsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico» (DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *opus cit.*, pág. 128). Consistiendo éste «en la necesidad de observar cierto comportamiento (acción u omisión) que viene impuesto por las normas reguladoras a personas que intervienen en éstas (relaciones jurídicas)» [ALBALADEJO M., «Derecho Civil», T. I, Vol. segundo, Madrid, 1991 (undécima edición), pág. 11], siendo la relación jurídica «un "nexo jurídico" entre personas» (LARENZ, K., *opus cit.* pág. 248).

Acorde con semejantes consideraciones el empresario, tanto en el ámbito del Derecho del Trabajo como del Derecho Mercantil alude siempre a personas, físicas o jurídicas, y en ningún caso a entes sin personalidad.

Desde la perspectiva de las relaciones industriales el empresario «es la parte del contrato de trabajo frente a la que se asume la obligación de trabajar y que a su vez asume la obligación de remunerar» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.* pág. 161), no siendo posible que ocupen tal posición entes carentes de personalidad, lo que ocurre es que «si no se constituye formalmente ni adquiere personalidad (...) las personas individuales o jurídicas agrupadas son responsables solidarias (...) la responsabilidad solidaria es, pues, "la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial"» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.*, pág. 166).

Y con alcance y carácter general se define al empresario como «la persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita una empresa económica» (SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.*, pág. 54). Por tratarse de una actividad dirigida al mercado, en el que se manifiesta como actividad de oferta y a la que es consustancial la idea de organización (especialmente como combinación de los factores de producción), se produce su objetivación y despersionalización, bien que no de modo absoluto sino relativamente (GONDRA, J. M., «Bases para una teoría jurídica de la empresa», Madrid, 1989).

La circunstancia añadida de que la mayoría de los empresarios sean personas jurídicas de naturaleza societaria, que suelen asumir la forma de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, (con innegable impulso desde la admisibilidad primero y posterior regulación jurídico positiva de las sociedades unipersonales), (sobre la personalidad jurídica de la sociedad anónima y la sociedad unipersonal TAPIA, A. y otros, «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas», dirg. por F. SÁNCHEZ CALERO, T. I., Madrid, 1997, págs. 224 y 247, especialmente) determina que su presencia en el tráfico requiera de la actuación de sus trabajadores, fundamentalmente, además de la de los titulares del órgano de administración social.

Ambas nociones son de utilidad para la consideración de la responsabilidad de la que estamos tratando, pues si en el «poder de dirección» del empresario se encuentra el fundamento del poder directivo sobre el modo de la prestación del trabajo, el poder disciplinario, el deber de protección del trabajador y la responsabilidad general del empresario frente al propio trabajador y los terceros «por las consecuencias de los actos que éste haya ejecutado cumpliendo con sus directivas» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.* págs. 353-354), la responsabilidad del empresario también se justifica como consecuencia de la «autonomía» de la actividad de empresa, poder independiente de iniciativa económica que determina la imputación jurídica a aquél de las consecuencias, favorables y desfavorables, derivadas de su ejercicio.

No obsta a esta delimitación, pues no es materia de este estudio, la circunstancia de que el ámbito de responsabilidad derivada de la actuación de otros se extienda a sujetos que no son considerados «empresarios», ni actúan como «empresarios». Efectivamente, también son responsables en el ámbito contractual, por las conductas de otros los arrendatarios (art. 1.564 CC) y los mandatarios (1.784 CC) y en el de la responsabilidad extracontractual el artículo 1.903. IV del Código Civil alude a los «dueños o directores de un establecimiento o empresa», expresión que sí es inadecuada a la realidad social vigente, además debe considerarse que «la función que desempeña una norma de este tipo aconseja su no adscripción exclusiva al mundo empresarial» (BARCELÓ DOMENECH, J., *opus cit.*, pág. 203).

En este trabajo no se aborda la responsabilidad civil del empresario por los daños sufridos por sus propios trabajadores cuando son consecuencia del actuar de otros trabajadores, que puedan ser calificados de accidente de trabajo, o que estén relacionados con la prestación por aquéllos del trabajo para el mismo empresario. La razón está, en que no debe analizarse la responsabilidad empresarial, en tales casos, a la luz de los patrones ordinarios de la responsabilidad civil (la abundante normativa nacional y comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales, es un indicio suficientemente significativo).

II. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO POR LOS ACTOS DE SUS TRABAJADORES EN EL CUMPLIMIENTO (CONTRACTUAL)

1. Planteamiento general.

«Los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.101 del Código Civil son: la preexistencia de una obligación entre las partes, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o fuerza mayor, la realidad de los perjuicios ocasionados a la otra parte y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos» (SSTS, Sala 1.ª, de 30-11-1993, R.A. 4547; 29-5-1978, R.A. 1919; 16-5-1979, R.A. 1831; 10-10-1990, R.A. 7592 y 4-3-1995, R.A. 3132).

Nuestro ordenamiento no tiene establecido con carácter general la responsabilidad del empresario por los actos de los trabajadores en el cumplimiento (sí en supuestos singulares, CRISTÓBAL MONTES, A., «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», ADC 1989, pág. 5 y ss.), no obstante la jurisprudencia la admite en sus SSTS (Sala 1.ª) de 5-4-1982 (R.A. 1940), 22-6-1989 (R.A. 4776) y 1-3-1990 (R.A. 1656).

Siguiendo la doctrina expuesta en la última de las sentencias referidas (en la que recoge la sentada en las anteriores), la responsabilidad del empresario resulta, en principio, porque «la realización de los encargos por dichos empleados tienen alcance vinculatorio para el principal, pues se basó en un pacto, al menos verbal (...) conferido a favor de su empleado, pacto válido conforme al artículo 1.710 del Código Civil».

Advierte el Alto Tribunal la insuficiencia de nuestro ordenamiento en la regulación de aquella responsabilidad, al indicar que «la responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código Civil, como el alemán (párrafo 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como los de los artículos 292 del Código de Comercio, y 1.592 del Código Civil, en la esfera contractual, y en la extracontractual el artículo 1.903, p. 4 y el 1.904 del mismo Código Civil».

No obstante entiende que «aun sin forma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y empleados, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius est commodum eius est periculum*.

La referencia a la culpa (bien que *in eligendo* o *in vigilando*) ha sido objeto de una seria y fundada crítica (así BARCELÓ DOMENECH, J., «Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes», Madrid, 1995, págs. 19-20 y 22). No obstante, la sentencia conjuntamente y acto seguido de aquella afirmación, utiliza muy distintos fundamentos para establecer la responsabilidad empresarial.

Efectivamente, pues de una parte y conjuntamente a la culpa alude al riesgo-provecho (*cuius est commodum eius est periculum*) y de otra, afirma, de seguido, que la responsabilidad del empresario es «consecuencia obligada, pues el tercero confía en la formalidad de la reputación comercial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares», o teoría de la apariencia. Se está haciendo responder objetivamente al empresario de la culpa de su trabajador.

El Alto Tribunal en el párrafo transcrito en el apartado anterior no está simplemente presumiendo la culpa *in eligendo* o *in vigilando* (o *in instruendo* o *in inspiciendo*), del empresario, o ¿acaso la está considerando *iuris et de iure*?; por la inadmisibilidad de estas presunciones parece más acertado considerar que está reconduciendo aquella exigencia de culpabilidad a un mero y simple formalismo, vacío de contenido (casi fórmula).

Probablemente forzado a mantenerla, como cláusula de estilo, porque «ni la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, ni la del riesgo, ni la que faltó algo por prevenir cuando se produjo el daño, permiten prescindir del principio culpabilístico que sigue impregnando la doctrina unitaria sobre la culpa» (STS, Sala 1.^a, de 31-3-1997, R.A. 2479).

El carácter casi objetivo de la responsabilidad del empresario por la conducta culposa de sus empleados se pone expresamente de manifiesto a continuación en la misma sentencia (STS de 1-3-1990), al señalar «de ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal, al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados, encargados por él de la preparación y ejecución de la prestación debida».

La referencia a «obligación de garantía» ha de tomarse con sumo cuidado, pues no puede concebirse la responsabilidad del empresario por los actos de los trabajadores en el cumplimiento, como vicaria (el trabajador no es parte en la relación contractual), por ello cuando tal manifestación se efectúa en el ámbito de la responsabilidad contractual, la culpa en el incumplimiento relevante, se supone, pasa a convertirse en responsabilidad inmediata y directa del empresario.

Desde luego la objetivación de la responsabilidad se produce cuando nos movemos en el ámbito de los contratos con los consumidores por imperativo del régimen de la Ley 16/1984, de 19 de julio (arts. 8, 11, 25 a 29) cuya aplicabilidad a las relaciones contractuales no parece dudosa, o cuando se causa por productos defectuosos, Ley 22/1994, de 6 de julio.

En ocasiones, con un alcance más limitado pero en clara contradicción con su afirmada necesidad de la actuación culpable, la jurisprudencia admite la responsabilidad objetiva del empresario, mediando la presencia de situaciones de riesgo, relevante también en el ámbito contractual (STS, Sala 1.ª, de 8-10-1996, R.A. 7059).

2. Presupuestos.

Como presupuestos de la responsabilidad del empresario por los actos de sus trabajadores en el cumplimiento, se establecen ordinariamente los siguientes:

A) La previa existencia de una relación jurídica entre el empresario (deudor) y el perjudicado por la lesión del derecho (acreedor), respecto de la cual el trabajador es un tercero.

La previa existencia de la relación obligatoria aparece como un presupuesto inexcusable para el desarrollo de esta responsabilidad, bien que el origen de la misma ha de estar precisamente en un contrato. Únicamente podrá entenderse que el origen esté en la ley si se trata de relaciones obligatorias en que el deudor sea precisamente el empresario privado cuyos trabajadores intervienen en los actos de cumplimiento. Así resulta una diferencia acusada respecto del párrafo 278 BGB alemán. (BARCELÓ DOMENECH, J., *opus cit.*, pág. 22, entiende que la vinculación del empresario puede tener su origen no sólo en una relación contractual sino también en la ley).

Efectivamente, como indica la STS, Sala 1.ª, de 27-1-1997 (R.A. 21), «las entidades titulares o gestoras de los establecimientos públicos, responden no sólo de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados y dependientes, con fundamento en el artículo 1.903.4 del Código Civil (...) sino también de forma directa cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos».

La ajenidad del trabajador ha de referirse a su condición de tercero respecto de la misma, no a excluir que pueda haber intervenido en el acto de su misma constitución, a nombre del empresario, o incluso haber participado en las negociaciones previas o preliminares a la conclusión del contrato.

B) Participación del trabajador en el cumplimiento, por iniciativa y voluntad del empresario deudor.

La intervención del trabajador en los actos de cumplimiento de la obligación ha de obedecer a las instrucciones del empresario deudor. No se trata de que el trabajador sea plenamente consciente de que está llevando a cabo un pago o cumplimiento o actos enderezados a la plena y exacta satisfacción del mismo, pero sí de que su intervención no se haga, conscientemente, al margen de su relación y condición de trabajador.

También es cierto que en ocasiones el mero hecho de utilizar unos trabajadores y no otros puede suponer ya de por sí un incumplimiento, bien por venir establecido en la obligación que trabajadores habrían de intervenir en el cumplimiento, bien por requerir aquél la necesaria actuación de profesionales o trabajadores cualificados y procurarse el cumplimiento mediante trabajadores sin los requisitos o cualificaciones precisas.

C) La actuación del trabajador en el cumplimiento de la obligación del empresario.

a) La autoría.

La autoría de la lesión por el trabajador en el cumplimiento parece ineludible, a la autoría se asocian necesariamente la causalidad y la culpabilidad pero no necesariamente la imputabilidad, so pena que se distinga entre una autoría inmediata, material, y una autoría mediata, no material pero sí jurídicamente relevante.

La autoría del trabajador en el daño es necesaria, aun cuando estemos en el ámbito de la responsabilidad objetiva o sin culpa. Es trascendente también en la medida en que se pretenda cualquier compensación de culpas por concurrencia de la del acreedor, «pues la realidad verdaderamente operante en ese compensar culpas estriba, en rigor, en asignar y contrarrestar las respectivas autorías» (ALBALADEJO, M., en la contestación al discurso de LÓPEZ JACOISTE, J.J., «Transformaciones y paradojas de la responsabilidad extracontractual», Madrid, 1994, pág. 157).

La facultad de moderación de la responsabilidad atribuida al juzgador por el artículo 1.103 del Código Civil, ha de situarse pues en relación con el actuar del trabajador.

En todo caso, y aun considerando la necesidad de concurrencia de la culpa en el empresario (*in eligendo, in vigilando, in inspiciendo o in instruendo*), también habría de tomarse en consideración la culpa del trabajador para proceder a cualquier compensación.

La intervención del trabajador ha de ser tal que por sí sola o conjuntamente con la de otros trabajadores suponga una lesión del derecho del acreedor, de tal manera que si no alcanza a considerarse sustancial y principal no será relevante a los efectos de comprometer la responsabilidad del empresario (como indica JORDANO FRAGA, F., «La responsabilidad contractual», Madrid, 1987, pág. 175).

b) La culpa del trabajador.

La necesidad de un actuar culposo por parte del trabajador depende de que la presencia de la culpa se exija como componente de la lesión del crédito contractual (TORRALBA SORIANO, O. V., «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», ANC, 1971, pág. 1.164 distingue entre la lesión del interés y los daños y perjuicios subsiguientes). Según el párrafo 278 BGB se requiere la concurrencia de la culpa del auxiliar con idéntico alcance que si se tratara de culpa contractual por actos propios.

Siendo autor de la infracción contractual el trabajador, parece razonable referir la exigencia o no de su concurrencia en su actuar y no, o no sólo, en el empresario (CRISTÓBAL MONTES, A., *opus cit.*, págs. 15-16). Como ya antes se indicó a la culpa del empresario (*in vigilando, in eligendo, in inspiciendo o in instruendo*) se alude por la jurisprudencia como fórmula vacía de contenido, por lo que no exigirla en la actuación del trabajador desembocaría en responsabilidad objetiva.

La exigencia, por más que se matice o incluso en determinados supuestos se excluya, de un actuar culposo para que surja la responsabilidad contractual, constituye un principio general en materia de obligaciones y contratos, bien que aquí parezca procedente aplicar directamente, y no como criterio subsidiario, la noción «objetiva de la culpa» (*ex art. 1.104 del Código Civil*).

Exigencia de actuar culpable que se atenúa porque en la lesión del crédito (incumplimiento contractual) la culpa se presume que concurre (¿objetivación de la responsabilidad o simplemente el daño presume la culpa?) mediante la inversión de la carga de la prueba, por el mero hecho de la falta en el cumplimiento (DE COSSIO, A. y M. y LEÓN-CASTRO, J., «Instituciones de Derecho Civil», Vol. I, Madrid, 1991, pág. 505).

No podemos olvidarnos que se trata de la responsabilidad del empresario por lo que habrá de tomarse muy en consideración la objetivación de la responsabilidad y, en ocasiones, su transformación en objetiva, como se indicó, en las relaciones con los consumidores y usuarios (*ex arts. 8, 11, 25 a 29 de la Ley 26/1984, de 19 de julio*) y cuando se trate de daños causados por productos defectuosos (*Ley 22/1994, de 6 de julio*), que se produce tanto en el ámbito extracontractual como contractual [SÁNCHEZ CALERO, F., «Instituciones de Derecho Mercantil», Vol. I, Madrid, 1997 (vigé-

sima edición), pág. 69], circunstancias que necesariamente se comunican a la actuación del trabajador, la cual será relevante en cuanto a la relación de causalidad, pero ya no en la referencia a una culpabilidad inexigible e intrascendente para fundamentar la imputación al empresario.

La culpa del trabajador no actúa aquí como criterio de imputabilidad («la noción más expresiva de esa dimensión humana de la responsabilidad es la noción de culpa, cuyo lugar se encuentra jurídicamente en la imputabilidad, pues es razón arguyente contra el proceder lesivo», LÓPEZ JACOISTE, J. J., *opus cit.*, pág. 111).

Ciertamente «la previsibilidad del daño se injerta y aporta calificación al tronco de la causalidad, y aún en ocasiones se prolonga más allá de la autoría material en busca de omisiones *in eligendo* o *in vigilando*» (LÓPEZ JACOISTE, *opus cit.*, pág. 112), pero cuando esto sucede en el ámbito contractual carece del alcance que le es propio (que alude a responsabilidad vicaria). Prudentemente, la jurisprudencia mantiene la exigencia de la culpa del empresario *in eligendo* o *in vigilando* al efecto de determinar la imputabilidad y deber de resarcir, porque «la culpa inhiere en la conducta lesiva; sin daño, no hay culpa relevante en el orden jurídico civil orientado a la reparación; y a la inversa, el daño constatado evoca una conducta que, en principio, ha de tenerse como descuidada» (LÓPEZ JACOISTE, J.J., *opus cit.*, pág. 113).

La concurrencia de culpa en el actuar del trabajador ha sido reiteradamente exigida por la jurisprudencia (SSTS, Sala 1.ª, de 9-7-1994, R.A. 6302; 8-10-1996, R.A. 7059; 31-3-1997, R.A. 2479, etc., con admisión de la «unidad de la culpa civil», en línea con lo establecido en el parágrafo 278 BGB alemán y en el art. 1.228 del Código Civil italiano).

En términos de la STS, Sala 1.ª, de 9-3-1995, R.A. 1847 «en la intervención de personas auxiliares, tratándose de obligaciones derivadas de contratos, se deduce de los artículos 1.727 y 1.725 del Código Civil que el representado responderá de la culpa de su representante, a efectos de reducir por su concurrencia la responsabilidad del deudor».

Exigencia de actuar culposo del trabajador que hace posible la apreciación de la compensación de culpas, tal como aconteció en la sentencia antes citada, en la que se entendió justificada «la apreciación de culpa en ambas partes y la compensación que la Sala de instancia efectuó», habida cuenta de lo acontecido.

Esto es «por un lado, al desatender el Banco, y por él sus empleados, la diligencia propia al pagar un cheque nominativo a persona distinta a la designada en el mismo y considerar negligente que quien cobraba era un llamado factor notorio, cuando quien recibe el numerario se lo apropia para sí mismo; y, por otro lado, sobre todo porque la entidad recurrente omitió culposamente la diligencia debida al mantener una actuación de su delegado sin poder alguno para percibir el importe de los cheques no extendidos a su nombre, ni endosados a él».

3. La aplicabilidad del artículo 1.903.IV del Código Civil en supuestos de responsabilidad del empresario por los actos de sus trabajadores en el cumplimiento.

Tres aspectos netamente diferenciados aparecen en la aplicación del artículo 1.903 a los supuestos que venimos tratando, el primero hace referencia a la posible responsabilidad del «director», concurrente en su caso con la del empresario. El segundo a la aplicación de los criterios de culpabilidad contenidos en aquel precepto al actuar del trabajador generador de responsabilidad contractual. El tercero a que una misma conducta pueda configurarse como lesiva de un derecho de crédito y como un ilícito civil.

A) La responsabilidad del «director».

La primera referencia ha de hacerse al conocido como Personal de Alta Dirección, que se vincula al empresario mediante un contrato de trabajo, y cuya relación laboral se regula por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

«La nota de la "plena responsabilidad", consecuencia natural y lógica de la autonomía en la actuación del alto cargo, referida en el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, plantea la duda de si el empresario es responsable por todos los actos del alto cargo, tomando en consideración que en el mismo no se dan plenamente las notas de dependencia y subordinación» (TAPIA, A., «La Alta Dirección Empresarial (Administradores y Altos Cargos), en *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia, 1995, pág. 3.747).

El alto cargo normalmente actúa con apoderamiento expreso, no obstante tampoco es infrecuente que carezca del mismo, en tal supuesto existirá un apoderamiento presunto o tácito (en otro caso no existiría un alto cargo actuando), lo cual hace que deban imputarse las consecuencias de su actuar al empresario «sin que la alusión a la "plena responsabilidad" del alto cargo altere aquella idea, pero la matiza, por cuanto sin excluir la del empresario la complementa, (...), de tal manera que el alto cargo será responsable solidariamente con el empresario frente al tercero por el daño por él causado. Ciertamente que la solidaridad no se presume, pero la nota de la "plena responsabilidad" del alto cargo lleva necesariamente a esa conclusión» (TAPIA, A., *opus cit.*, pág. 3.747).

De lo expuesto no se deduce su responsabilidad por los actos de los trabajadores en el cumplimiento, aun cuando él mismo hubiera ordenado al trabajador la actuación que generó la lesión del crédito, más bien todo lo contrario. Llevar al ámbito de la responsabilidad contractual un supuesto excepcional de responsabilidad por ilícitos civiles no parece acertado.

Puede cuestionarse si los administradores sociales responden por las deudas de la sociedad, y consiguientemente por los perjuicios que la actuación de los trabajadores en el cumplimiento de las obligaciones de aquella pudieran ocasionar a los sujetos vinculados contractualmente o por otros negocios jurídicos con la sociedad.

La jurisprudencia ha resuelto la cuestión en sentido negativo al señalar que la responsabilidad es de la sociedad, sin perjuicio del régimen específico de responsabilidad de los administradores frente a la sociedad, los socios y los terceros (acciones, social e individual, de responsabilidad).

No obstante semejante doctrina bien pudiera revisarse a la luz de la, cuestionable, doctrina establecida por la STS, Sala 4.ª, de 29-1-1997 (R.A. 640) (seguida por todas las resoluciones posteriores de dicha Sala, y por las de la Sala 3.ª, a partir de la Sentencia de 23-5-1997, R.A. 4062), que si bien relativa al encuadramiento de los Administradores ejecutivos de sociedades mercantiles capitalistas en el Sistema de la Seguridad Social, afirma que «si el administrador societario no alcanza el 50 por 100 de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio, si posee la mitad o más de las participaciones sociales no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio».

En este segundo supuesto el administrador ejecutivo no podría por menos de considerarse responsable solidario, en cuanto que también es empresario con la sociedad, o bien estimarse que nos hallamos ante una confusión de patrimonios del empresario y el factor, y por ello este último («contratando el factor»), también es responsable por la actuación de los trabajadores en el cumplimiento (art. 285, párrafo segundo, del Código de Comercio).

No empece a todo lo dicho que en supuestos singulares se prevenga la responsabilidad, solidaria con la de la sociedad, de los administradores por las deudas sociales, lo que supone que también son responsables por el actuar de los trabajadores en el cumplimiento, tal sucede cuando concurriendo causa de disolución, aquéllos no convoquen la Junta General oportuna o no soliciten la disolución de la sociedad (art. 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

La misma responsabilidad tienen los administradores si la sociedad no hubiera adaptado los estatutos sociales a lo dispuesto en la Ley de Sociedades Anónimas mencionada (disp. trans. tercera y sexta).

B) Aplicación de los criterios de culpabilidad establecidos en el artículo 1.903. IV del Código Civil.

Las diferencias entre la culpa contractual y la extracontractual no son tan notables como para impedir un relativo trasvase de principios y criterios ordenadores. La «identidad del concepto de culpa» (recogido en el art. 1.104 del Código Civil), (STS, Sala 1.ª, de 9-1-1984, R.A. 3802), y la consideración de las conductas desleales e imprudentes, entre otras, como meras manifestaciones del proceder culposo aparece admitido con generosidad.

Es de destacar que ningún ordenamiento admite una doble indemnización, por los mismos daños, so capa de poderse configurar como debida por responsabilidad contractual y extracontractual.

Cuestión diferente es la compatibilidad entre la responsabilidad contractual, extracontractual y el derecho a las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, cuando sea un trabajador el perjudicado.

La aplicación del artículo 1.903 del Código Civil al ámbito de la responsabilidad civil, así como la cuestión de la posible configuración de un daño causado por el trabajador cuando actúa en el desenvolvimiento de la actividad de empresa, como resultado de una infracción contractual o de un ilícito civil, han sido objeto de una importante jurisprudencia, pudiendo distinguirse:

a) La aplicación jurisprudencial de la exigencia de un actuar culpable, *ex* artículo 1.903. IV del Código Civil.

Nuestro más Alto Tribunal ha deducido la necesaria actuación culposa del trabajador del tenor literal de los artículos 1.725 y 1.727 del Código Civil, como ya se indicó, y además, indica la STS de 9-3-1995, R.A. 1847, «a la misma conclusión puede llegarse aplicando, como es posible, el artículo 1.903, párrafos 1 y 4, preceptos del Código Civil que, lo mismo que el artículo 22 del Código Penal, permiten imponer a una persona la responsabilidad por la conducta de sus auxiliares y dependientes».

b) La consideración jurisprudencial de la conducta como lesiva del derecho de crédito y constitutiva de un ilícito civil.

El Tribunal Supremo ha venido destacando «las dificultades (reconocidas doctrinalmente) de la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y por culpa contractual, dificultades que en muchas ocasiones (...) tienen por causa que el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro, lo que determina en términos procesales un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum* indemnizatorio» (STS, Sala 1.ª, de 18-2-1997, R.A. 1240).

Tras destacar tal dificultad, la evolución jurisprudencial no ha sido uniforme, a pesar de la conformidad en la «unidad de la culpa civil» (SSTS, Sala 1.ª, de 24-3-1952, R.A. 1209; 23-12-1952, R.A. 2673; 18-2-1997, R.A. 1240), pudiéndose diferenciar una primera línea de tendencia disgregadora, otra segunda línea que acumula ambas responsabilidades y es tendencialmente unificadora, e incluso una tercera línea más de carácter claramente reduccionista.

b.1) Tendencia disgregadora.

Esta línea jurisprudencial parte de que «el deudor en una relación contractual debe cumplir la obligación y si la incumple incurre en responsabilidad contractual, pero si al actuar causa daño ajeno al estricto ámbito del contrato, este acto ilícito (ilícito, infracción del principio *alterum non laedere*) generará una nueva obligación, que es la de reparar el daño» (STS, Sala 1.ª, de 18-2-1997, R.A. 1240).

Con la consecuencia de que, paradójicamente, la indicada unidad conceptual de la culpa «admite la concurrencia de culpas por los mismos hechos o yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otro e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomode a aquéllos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (SSTS, Sala 1.ª, de 7-2-1990, R.A. 668; 6-10-1992, R.A. 7529 y 15-2-1993, R.A. 771; 19-5-1997, R.A. 3885).

Salvándose la espinosa cuestión de la posible incongruencia de la sentencia porque «sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda su decisión en normas de culpa distintas de las invocadas» (STS, Sala 1.ª, de 18-2-1997, R.A. 1240), habida cuenta de las facultades que le otorga en principio *iura novit curia*.

Pues, sigue la meritada resolución jurisprudencial, «no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa».

La circunstancia de que pudieran ser los hechos constitutivos de una infracción contractual o de un ilícito civil, no puede llevar a excluir la responsabilidad del empresario. Efectivamente como indica la STS, Sala 1.ª, de 22-7-1997, R.A. 6155, «La doctrina de esta Sala es reiterada en el sentido de que cabe, (...), junto a la relación contractual, que se produzca un daño cuya reparación tenga fundamento material y cauce procesal distinto a la responsabilidad contractual. Siendo así, no se puede plantear la no aplicación de normas del Código Civil relativas al contrato (...) ni normas contractuales (...) ni jurisprudencia relativa a ello, ni tampoco la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil».

Con un radicalismo absoluto se ha señalado que «el ámbito de aplicación de ambas clases de culpa es completamente distinto y del todo independiente» por las SSTS, Sala 1.ª, de 3-2-1989, R.A. 659, y 2-1-1990, R.A. 30. En esta línea jurisprudencial se vuelca toda la importante problemática procesal que la doctrina ha planteado (*vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992).

b.2) Tendencia acumulativa o unificadora.

En un sentido más amplio, como afirma la STS, Sala 1.^a, de 22-4-1997 (R.A. 3249), ha de considerarse que «no son opuestos entre sí los conceptos de esta triple responsabilidad, (refiriéndose a la contractual, a la extracontractual y a la derivada de delito o falta), sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas».

Como afirma la STS, Sala 1.^a, de 8-7-1996 (R.A. 5663), «puede darse la concurrencia de ambas responsabilidades, en una yuxtaposición que sólo desaparece cuando se dan puramente los requisitos definidores de una o de otra responsabilidad», lo que no significa la independencia de ambos tipos de responsabilidad, pues como continúa afirmando la misma sentencia «en cualquier caso y como fondo, subsiste la culpa extracontractual complementando a la contractual, en cuanto integra todos los elementos conducentes al pleno resarcimiento, sin otros límites que dejar indemne el patrimonio del perjudicado».

A la comunicabilidad del sentido de las normas que regulan ambos tipos de responsabilidades se refiere la STS, Sala 1.^a, de 27-1-1997 (R.A. 21), en los siguientes términos, «las entidades titulares o gestoras de los establecimientos públicos, responden no sólo de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados y dependientes, con fundamento en el artículo 1.903.4 del Código Civil, precepto del que se extraen consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base en una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1.101 y 1.106 del mismo Código».

b.3) Tendencia reduccionista.

No puede dejar de aludirse a otra línea jurisprudencial que independizando la responsabilidad del empresario respecto del autor material de los hechos, cuando de profesionales se trata, la acaba reconduciendo al ámbito de responsabilidad extracontractual «con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho» [STS (Sala 1.^a) de 22-2-1991, R.E. 1587; y en el mismo sentido las de 22-6-1988, R.A. 5124; 17-6-1989, R.A. 4696 y 30-1-1990, R.A. 74].

III. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL EMPRESARIO DERIVADA DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR SUS TRABAJADORES A TERCEROS

1. Determinación de aquella responsabilidad con carácter general.

A) El marco normativo.

El fundamento de la responsabilidad del empresario derivada de los daños que sus trabajadores causen a terceros, se encuentra en los artículos 1.902 y 1.903.IV del Código Civil.

No puede dejarse de aludir, por ser conocido, a que el «vínculo obligatorio surge en la responsabilidad extracontractual después de producido el evento indemnizable, como consecuencia de las reglas generales impuestas por la convivencia y de la aplicación del principio *alterum non laedere*» (STS, Sala 1.ª, de 3-2-1989, R.A. 659), por lo que dicho nexo no constituye un *prius* como en la culpa contractual sino un *posterius*.

A que «cuando la indemnización deriva del acto ilícito extracontractual, la reparación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño (...), su configuración se atiene al esquema de toda relación obligatoria: un acreedor, un deudor y una exigencia de prestación» (STS, Sala 1.ª, de 10-6-1991, R.A. 4434).

Y a que «la culpa extracontractual, por razón de su naturaleza, de su objeto y de los principios que consagra, basados en la amplia *regla alterum non laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento» (STS, Sala 1.ª, de 9-1-1985, R.A. 167).

Se regula en el artículo 1.902 del Código Civil la responsabilidad extracontractual en términos bien conocidos. En aquel precepto «la causación del daño es razón esencial y primigenia para recabar de otro su reparación, (...), el presupuesto de causalidad es apoyo inicial del curso de la imputación en el cual se incoa el reproche jurídico que hará gravitar sobre alguien la obligación de reparar» (LÓPEZ JACOISTE, J. J., *opus cit.*, pág. 106).

Ciertamente «la autoría del daño sustenta y compendia la causalidad y a la culpa» (ALBALADEJO, M., en la contestación al discurso de LÓPEZ JACOISTE, J. J., *opus cit.*, pág. 156), pero la imputación es la que determina la persona (s) que «está (n) obligada (s)» en el seno de la relación jurídica que surge (se construye) cuando se produce el daño.

La culpabilidad del autor es causa de imputación del deber de reparar, pero además, supuesta la causalidad material del daño, tal imputación puede apoyarse, previa justificación de su procedencia, en otras razones diferentes, como la propiedad de la cosa que ha producido el daño, la titularidad de la empresa en cuyo seno ha surgido el perjuicio, la dependencia bajo quien se encuentra el autor material o, en el caso de la Administración Pública, los títulos en virtud de los cuales quepa atribuírsele jurídicamente el deber de reparar» (LÓPEZ JACOISTE, *opus cit.*, pág. 110).

El artículo 1.903 establece, en su párrafo cuarto, que el deber de indemnizar que impone el artículo 1.902 es exigible no sólo por actos propios sino también por los de las personas por las que se debe responder, siendo los dueños o directores de un establecimiento o empresa responsables «respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones».

Que la culpa y la negligencia se vinculan necesariamente a la obligación de reparar el daño, en aquellos preceptos, ha sido generalmente admitida, por más que se observe una cierta atenuación en la intensidad exigida (referirse a su supresión u objetivación de la responsabilidad mediante el

mecanismo procesal de la inversión de la carga de la prueba, es más que discutible), «son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación o incluso rutina que causen resultados nocivos» (STS, Sala 1.ª, de 27-6-1997, R.A. 5758).

Específicamente el artículo 1.903 admite en su último apartado la prueba en contrario, de haber empleado la diligencia debida, como exoneradora de la responsabilidad del empresario. No se ajusta por ello a la realidad jurídica, afirmar que en aquel precepto aparece la autoría del daño por el dependiente y una causa de imputación al empresario que se ubica en la relación jurídica que le vincula con aquel trabajador, sin que del mismo pueda deducir otra causa de imputación. Cuestión diferente es la de la moderación del culpabilismo.

La inclusión del artículo 1.903.IV en la órbita de la responsabilidad por culpa facilita la aplicación a tal responsabilidad extracontractual de los artículos 1.103, 1.104, 1.106 y 1.107 del Código Civil (STS, Sala 1.ª, de 20-6-1989, R.A. 4702).

B) Responsabilidad empresarial por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, derivándose los daños de la conducta de sus trabajadores.

La responsabilidad extracontractual del empresario puede devenir por aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, aun cuando la conducta causante del daño sea atribuible a sus trabajadores.

«El artículo 1.902 es de aplicación a las personas jurídicas, aunque se valgan de personas físicas individualizadas para realizar por su cuenta, orden y beneficio de aquélla las acciones u omisiones de las que se deriven daños» (SSTS, Sala 1.ª, de 22-6-1992, R.A. 5462 y 10-3-1994, R.A. 1736).

Se produce la responsabilidad en aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, en el ámbito de la contratación de las Administraciones públicas, pues «cuando una Administración actúa contratando la ejecución de una obra (. . .) actúa (...); la persona que sufre un daño no impugna un acto administrativo (...) sino que pide su reparación por aquella actuación que atentó al principio *alterum non laedere* (...), una adjudicación o contratación administrativa no es otra cosa que un contrato de obra en su dimensión de Derecho privado y, por tanto, el Ministerio se encuentra en la posición de Derecho privado, de promotor, como tal, frente a un daño a tercero, queda en posición de responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil y de las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas» (STS, Sala 1.ª, de 21-2-1997, R.A. 1906).

Suele aplicarse también el artículo 1.902 del Código Civil cuando los daños son consecuencia de actividades lúdicas y deportivas. En ese ámbito se genera una cierta confusión cuando omisiones atribuibles a los trabajadores, generan la responsabilidad del empresario con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil, al igual que otras, directa e inmediatamente atribuibles al mismo.

Así se dice en la STS, Sala 1.ª, de 2-9-1997 (R.A. 6378), «para que accidentes fatales, como el presente, ocurrido, con ocasión de bañarse en una piscina origine responsabilidad apoyada en el artículo 1.902 del Código Civil es preciso o bien que los vigilantes no se hallasen en el lugar del accidente (...), o que no exista personal adecuado de vigilancia (...) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (...) o que se creen riesgos que agraven las inherentes al uso de una piscina (...) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico» (en el mismo sentido las SSTs, Sala 1.ª, de 23-11-1982, R.A. 6557; 14-6-1984, R.A. 3242; 10-4-1988, R.A. 3116; 23-2-1995, R.A. 1107).

En aquella sentencia se recuerda que la de instancia no imputó responsabilidad derivada del 1.902 al empresario, porque «la actuación del socorrista de la entidad demandada fue en todo momento diligente y correcta», y «sin que en modo alguno exista relación de causa efecto entre su conducta y la del fallecimiento del bañista».

Otras veces se considera que la responsabilidad puede imputarse por la doble vía del artículo 1.902 y 1.903.IV del Código Civil, así se pronunció la STS, Sala 1.ª, de 19-6-1997 (R.A. 5423), enjuiciando los daños sufridos por un menor en un campamento, indica que «también alcanza la culpa a la X.G. (...), en cuanto que, al ser quien convocó los cursillos y resolvió el acceso a los mismos, tenía que garantizar el desarrollo de las actividades con toda normalidad, y al no conseguirlo incide en responsabilidad, bien por el artículo 1.902 del Código Civil, ya por su artículo 1.903. 4 (*culpa in eligendo*)» (en el mismo sentido las SSTs de 10-11-1990, R.A. 8538; 5-2 y 30-7-1991, RR.AA. 991 y 5435).

Cuando se trata de relaciones entre empresas, no se dan los requisitos para aplicar el artículo 1.903 del Código Civil, pero ello no es óbice para poder apreciar la responsabilidad por vía de aplicación del artículo 1.902 del Código Civil. Para ello se procura una desmesurada ampliación del ámbito de las personas afectadas por determinados deberes de comportamiento.

Efectivamente como se establece en la STS, Sala 1.ª, de 15-9-1997, R.A. 6433, «fueron tan elementales las medidas precautorias que no se adoptaron -ausencia de carteles anunciadores del peligro y de muro de protección que impidiese acercarse a la obra- y tan previsible el riesgo dañoso potencial, que la exigibilidad de tales medidas afectaba a cualquier persona o entidad que tuviera alguna clase de participación en orden a la ejecución de la obra, y ello, en razón a que la misma era singularmente peligrosa en función de las propias características que ofrecía y del lugar de su emplazamiento, sin que la omisión de tales medidas pudiera quedar desvirtuada por la presencia de múltiples montículos de tierra al no abarcar la totalidad del perímetro de la obra».

Y continúa la misma resolución judicial «a la exigibilidad indicada no podía ser ajena la entidad "SBSI, SL", dada la normal previsibilidad del riesgo producido por la falta de adopción de tan elementales medidas de precaución, y esto, aun cuando no la vinculase con la empresa ejecutora y con el técnico director de la obra la específica relación jerárquica o de dependencia que viene a determinar la responsabilidad por vía de la aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, toda vez que la responsabilidad vendría atribuida en virtud del artículo 1.902 del mismo texto legal».

C) La naturaleza de la responsabilidad empresarial regulada en el artículo 1.903.IV del Código Civil.

a) En torno al artículo 1.903.IV del Código Civil.

Para el debido conocimiento de la naturaleza de la responsabilidad regulada en el artículo 1.903.IV del Código Civil es preciso destacar que el proyecto de Código Civil de 1836 (art. 1.859.4), aludía a los «dueños de un establecimiento o los Jefes y directores de una empresa» y a los «domésticos o dependientes». En el proyecto de 1851, se establecía (art. 1.901), una regulación muy parecida al actual 1.903.IV, bien que no se hiciera referencia a «dependientes» y «empleados», sino a los perjuicios causados por «sus domésticos en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados».

En el proyecto de 1836 la responsabilidad de los dueños y de los jefes y directores era objetiva, al no admitirse prueba alguna de su exculpación o descargo, en línea con el artículo 1.384 del Código francés (Código Napoleón o Code). Destacable es la graduación de responsabilidades que establecía el artículo 1.860, para cuando la condición de dueño no coincidiese con la de director o jefe, supuesto en el que primaba la responsabilidad del director quedando la del dueño como subsidiaria.

Por contra en el último párrafo del artículo 1.901 del proyecto de 1951, se establecía la posibilidad de que los «dueños» y «directores» pudieran eludir sus responsabilidades si demostraban haber utilizado la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, y en el artículo 1.905 el derecho de repetición del dueño o director contra el doméstico que hubiere causado materialmente el daño. Siendo significativa la separación que aquellos preceptos procuran respecto del Code (arts. 1.383 y 1.384).

La posición doctrinal más tradicional viene entendiendo que la responsabilidad del empresario establecida en el artículo 1.903.IV es por culpa propia, haber faltado al deber de elegir o vigilar adecuadamente a su trabajador (MANRESA y NAVARRO, J.M., «Comentarios al Código Civil Español», T. XII (2.ª edición), Madrid, 1911, pág. 622). Culpa *in eligendo* o *in vigilando* que se presume (*iuris tantum*) y exige la culpa del trabajador, *ex artículo 1.902 del Código Civil, in operando* (SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil», T. I (6.ª edición), Madrid 1991, pág. 464).

La insatisfacción que aquella posición doctrinal ha venido provocando frente a la problemática que la realidad social planteaba, hizo que se evolucionase hacia posiciones que concebían a la responsabilidad empresarial como vicaria o garantista *ex lege* (CAVANILLAS MÚGICA, S., «La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia», Pamplona, 1987, págs. 86-92), o simplemente a considerar que el perjudicado tenía dos acciones independientes una contra el trabajador causante del daño y otra contra el empresario (ROGEL VIDE, C., «La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Civil español», Madrid, 1977, pág. 159).

Se encontró un apoyo en la literalidad del artículo 1.904 del Código Civil (que permitía al empresario reclamar del trabajador responsable del daño «todo» lo satisfecho) para defender el carácter objetivo de la responsabilidad del empresario, sin embargo, parece que tal precepto ha de considerarse «una norma complementaria, que despliega su eficacia una vez que el artículo 1.903. IV ha agotado su función» (BARCELÓ DOMENECH, *opus cit.*, pág. 357).

La responsabilidad por riesgo (LARENZ, K., *opus cit.* págs. 77-78), en su versión más amplia, ha generado nuevas orientaciones en la interpretación del artículo 1.903. IV del Código Civil de un marcado carácter objetivo. Como ha manifestado una cierta jurisprudencia, el artículo 1.903.IV del Código Civil, en su literalidad no exige la culpa del empresario para deducir su responsabilidad.

b) La jurisprudencia sobre la naturaleza de la responsabilidad establecida en el artículo 1.903. IV del Código Civil.

Se afirma por la jurisprudencia que si bien la responsabilidad se establece en «el artículo 1.903 siguiendo a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia (art. 1.902 del Código Civil), sin embargo, no menciona tal dato de culpabilidad, por lo que se ha sostenido que es una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva» (SSTS, Sala 1.ª, de 7-2-1991 y 3-12-1991, RR.AA. 1151 y 8910; 22-9-1992, R.A. 7014; 24-5-1996, R.A. 3915 y 28-7-1997, R.A. 5810).

Sin embargo, la mayoría de las resoluciones jurisprudenciales consideran que la responsabilidad del empresario deriva de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, constituyendo, no obstante, una obligación principal (STS, Sala 1.ª, de 12-2-1996, R.A. 869) y directa del mismo (SSTS, Sala 1.ª, de 20-10-1989, R.A. 6940; 28-2-1992, R.A. 1404; 21-9-1993, R.A. 6650; 27-9, 6 y 28-10-1994, RR.AA. 7307, 7465 y 7875; 12-2 y 29-3-1996, RR.AA. 2203 y 868, y 21-7-1997, R.A. 5523).

«Responsabilidad directa que se apoya en la concurrencia de culpa *in operando* del subordinado» (STS, Sala 1.ª, de 29-2-1996, R.A. 1612). «Sin perjuicio de otras eventuales concurrencias resarcitorias» (STS, Sala 1.ª, de 23-12-1995, R.A. 9434). Pero sin necesidad de que se demande, antes o al propio tiempo (acumulación de acciones) al trabajador, ni que éste haya de ser condenado (SSTS, Sala 1.ª, de 16-11-1967, R.A. 4159; 16-4-1968, R. A. 2167; 17-5-1977, R.A. 2077; 9-5-1991, R.A. 3618, etc.).

«Cuando se produce culpa *in vigilando* la responsabilidad de las entidades empresariales o patronales es directa, una vez que resulta acreditada la causación material de los daños por los dependientes o subordinados» (SSTS, Sala 1.ª, de 30-6-1991, R.A. 5435; 12-2-1996, R.A. 8691 y 30-6-1997, R.A. 5409). No es «subsidiaria» (SSTS, Sala 1.ª de 16-4-1968, R.A. 2662; 26-6-1984, R.A. 3625, 22-6-1988, R.A. 5124; 17-6-1989, R.A. 4696; 22-2-y 30-7-1991, R.A. 1587 y 5435 y 28-2-1992, R.A. 1404). No obstante indica que la responsabilidad es «indirecta» la STS, Sala 1.ª, de 12-7-1995, R.A. 5962.

La jurisprudencia se ha visto obligada a establecer la relación entre la responsabilidad objetiva y la culpa del empresario (que ha resultado, a la postre más formal que real). Afirmando que «la responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (SSTS, Sala 1.ª, de 4-2-1986, R.A. 413; 21-9-1987, R.A. 6188; 2-7-1993, R.A. 5789; 27-9 y 6-10-1994, RR. AA. 7307 y 7465, y 21-7-1997, R.A. 5523. Responsabilidad no solamente imputable a culpa *in vigilando*, sino también *in eligendo*, STS, Sala 1.ª, de 28-2-1992, R.A. 1404).

La evolución operada en la responsabilidad extracontractual del empresario se pone de manifiesto en la STS, Sala 1.ª, de 17-6-1997 (R.A. 5414), que alude a aquella responsabilidad en los siguientes términos: «figura que en el fondo y forma está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina, sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son:

- a) Un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y
- b) La tendencia a maximizar la cobertura en lo posible, de las consecuencias dañosas de la actividad humana, todo lo cual lleva inexorablemente a objetivar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo, la teoría culpabilista y, en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba».

«Además, dicha atenuación culpabilista e incluso la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, llevan inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación *in vigilando* y a un plus en la diligencia normalmente exigible» (STS, Sala 1.ª, de 7-11-1996, R.A. 7913).

- c) La responsabilidad solidaria de los empresarios responsables, según la jurisprudencia.

Siendo varios los empresarios responsables «puede declararse la solidaridad de la obligación de reparar el daño cuando no existan datos suficientes para atribuir cuotas concretas» (SSTS, Sala 1.ª, de 2 y 4-7-1996, RR.AA. 5806 y 5558). «Se produce cuando hay pluralidad de agentes y concurrencia causal única, sin que sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer distintas responsabilidades» (SSTS, Sala 1.ª, de 17-2 y 18-5-1986, RR.AA. 690 y 2669; 12-5 y 7-7-1988, RR.AA. 4089 y 5559, y 19-7-1996, R.A. 5802).

Solidaridad que es «impropia (...) en beneficio del perjudicado» (STS, de 19-7-1996, R.A. 5802), «pesando sobre cada uno de ellos (culpables) la obligación solidaria de reparar íntegramente el daño y pudiendo, por tanto, dirigirse el perjudicado indistintamente contra los responsables o contra cualquiera de ellos» (STS, Sala 1.ª, de 22-3-1986, R.A. 1468). Circunstancia excluyente de que «se puedan oponer con éxito situaciones de litisconsorcio necesario» (SSTS, Sala 1.ª, de 20-3-1975, R.A. 1328; 30-12-1981, R.A. 5357; 28-5-1982, R.A. 2606, 1-7-1983, R.A. 4066 y 30-9-1992, R.A. 7426).

La condena solidaria «no priva a los condenados de eventuales acciones posteriores a ventilar entre los sujetos a quienes no vincule la cosa juzgada» (SSTS, Sala 1.ª, de 4-7-1996, R.A. 5558), pero impide que se pueda apreciar la concurrencia de litisconsorcio pasivo necesario (STS, Sala 1.ª, de 22-7-1996, R.A. 5805).

d) La culpa del empresario en la jurisprudencia.

d.1) Exigencia de culpa.

La jurisprudencia ha venido normalmente exigiendo una actitud culposa del empresario, con fundamento en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Ya la STS, Sala 1.ª, de 8-7-1930 (JC 115) aludía al «descuido o culpa atribuible a la persona individual o jurídica a la que se pretenda imputar la obligación de indemnizar, sea por actos directamente cometidos o derivada de hechos realizados por aquellas personas de quienes está obligada a responder».

Así se indica que «la responsabilidad directa de (empresario) deriva de lo dispuesto en los párrafos primero y cuarto del artículo 1.903 del Código Civil y se fundamenta en *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 1.903» (STS, Sala 1.ª, de 29-3-1996, R.A. 2203).

La culpa del empresario (*in vigilando*), «está conexas a la falta del preciso control y aseguramiento de las condiciones en que se va a desarrollar un trabajo, que por sí se presenta peligroso, de forma bien conocida y notoria, y que en todo caso se realizaba en beneficio y provecho de la empresa, sin perjuicio de la apreciada y establecida culpa concurrente por parte del propio lesionado» (SSTS, Sala 1.ª, de 3-2-1995, R.A. 737 y 30-6-1997, R.A. 5409).

La culpa como impericia se aprecia en la STS, Sala 1.ª, de 20-1-1996, R.A. 1612, según la que «en uno u otro caso se reputa la conducta imprudencial genérica o impericia profesional del comerciante y en este caso de su dependiente, pues era al que correspondía llevar a cabo en forma exclusiva las operaciones de manipulación de la mercancía para mostrársela al cliente y no a éste, que no tenía por qué conocer las operaciones técnicas de almacenaje y desestiba de unas mercancías que, en principio, se presentaban peligrosas y de difícil manejo, dado el volumen, especial configuración y situación en el almacén».

La diligencia «requerida abarca desde las medidas impuestas por normas legales o reglamentarias, y aquellos cuidados que exige la normal prudencia, a fin de evitar eventos dañosos, y determinan la necesidad de observar conductas reflexivas y adecuadas a las circunstancias de las cosas y entornos temporales, físicos y sociales» (SSTS, Sala 1.ª, de 1-10-1985, R.A. 4566; 2-4 y 17-12-1986, RR.AA. 1788 y 7675; 17-7-1987, R.A. 5801; 28-10-1988, R.A. 7750 y 19-12-1992, R.A. 10703).

La determinación de la extensión de la responsabilidad del empresario, al tenor de la actuación dolosa o culposa se establece por la jurisprudencia, según «el artículo 1.107 del Código Civil que establece los límites de la responsabilidad del deudor de buena fe y del deudor por dolo por la falta en el cumplimiento de sus obligaciones, entendiéndose por deudor de buena fe al que incumple por culpa, por contraposición al que lo hace con o por dolo, es aplicable, no obstante su ubicación en el Código, también a las obligaciones nacidas de culpa extracontractual (...); no hay por ello, obstáculo alguno a que para fijar la cuantía de la indemnización se acuda en las obligaciones extracontractuales al grado de conducta dolosa o culposa observada por el responsable, al igual que se hace en las obligaciones contractuales en aplicación del artículo 1.107 citado» (STS, Sala 1.ª, de 24-11-1997, R.A. 6362).

En base a lo ordenado en tal precepto los Jueces y Tribunales pueden hacer uso de la facultad moderadora que el artículo 1.103 del Código Civil les otorga, pues «es aplicable también a los supuestos de responsabilidad extracontractual» (SSTS, Sala 1.ª, de 22-2-1985, R.A. 739; 20-6-1989, R.A. 4702; 7-2-1991, R.A. 1151; 22-12-1993, R.A. 10105 y 24-11-1997, R.A. 6362). Concurriendo caso fortuito (art. 1.105 del Código Civil), no es posible asignar ningún genero de culpa o negligencia «ni siquiera en el ámbito de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, en la producción del resultado dañoso» (STS, Sala 1.ª, de 28-4-1997, R.A. 3408, en el mismo sentido la de 22-5-1996, R.A. 3884).

La responsabilidad del empresario puede verse moderada cuando concurre con otro incumplimiento *in vigilando* respecto de la víctima. Así «la despreocupación manifestada por los padres al no atender sus hijos, dejándolos marchar sin vigilancia alguna, integra una culpa *in vigilando* que incide sobre la responsabilidad civil de RENFE, moderando su cuantía» (STS, Sala 1.ª, de 17-2-1997, R.A. 1426).

d.2) Responsabilidad sin culpa.

Como ya se indicó, en ocasiones se ha prescindido del elemento culpabilístico para efectuar la imputación de la responsabilidad al empresario, así se ha llegado a afirmar que «el artículo 1.903 siguiendo a un artículo que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia (art. 1.902 del Código Civil), no obstante, no menciona tal dato de culpabilidad, por lo que acertadamente se ha sostenido que es una responsabilidad por riesgo o cuasi objetiva» (SSTS, Sala 1.ª, de 7-2-1991 y 3-12-1991, RR.AA. 1151 y 8910; 22-9-1992, R.A. 7014; 24-5-1996, R.A. 3915 y 28-7-1997, R.A. 5810).

La ausencia de culpa, no obstante debe matizarse, en todo caso, pues como se indica en las SSTS, Sala 1.ª, de 8-11-1990 y 28-12-1996 (RR. AA. 8534 y 9053), «la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya una ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer en una primitiva responsabilidad por el resultado».

d.3) Responsabilidad cuasi-objetiva.

Se indica en la STS, Sala 1.^a, de 29-3-1996, R.A. 2203 (citando en su apoyo las de 25-10-1966, R.A. 4728; 3-5-1967, R.A. 2227; 10-5-1986, R.A. 2678 y 21-9-1987, R.A. 6188), que «la doctrina jurisprudencial configura esta responsabilidad del empresario como cuasi-objetiva».

La meritada resolución jurisprudencial, no obstante, más adelante en una relativa contradicción con la afirmación anterior prácticamente exige la concurrencia de culpa omisiva en el empresario. Efectivamente indica, «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».

La atribución de tal naturaleza a la responsabilidad, tiene consecuencias en orden a las causas de exculpación. Efectivamente «el matiz cuasi-objetivo de la culpa, del que surge la responsabilidad de la mercantil que planteó este recurso, impide apreciar situación de caso fortuito en la causación de los daños que dejaría sin indemnización a la víctima» (SSTS, Sala 1.^a, de 3-2-1995, R.A. 737 y 30-6-1997, R.A. 5409).

2. La «moderada objetivación de la responsabilidad extracontractual del empresario», en la jurisprudencia. El incremento de la importancia de la relación de causalidad (nexo causal) y la determinación de la diligencia exigible.

A) La «moderada» objetivación de la responsabilidad.

«El principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso» (SSTS, Sala 1.^a, de 27-9-1996, R.A. 6672).

Pues «la decisión de asignar sobre alguien la reparación de los daños padecidos por otro necesita venir sustentado en puntualizaciones muy significativas, en razonamientos que patenten su justicia y hagan rebosar su autoridad» (LÓPEZ JACOISTE, J.J., *opus cit.*, pág. 130).

Aquella culpa «no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto de las personas, tiempo y lugar, para evitar perjuicios a bienes ajenos» (SSTS, Sala 1.^a, de 22-4, 17-7 y 7-12-1987, RR.AA. 2753, 5801 y 9282; 12-7-1989, R.A. 5606; 4-6-1991, R.A. 4415; 25-2-1992, R.A. 1554; 27-9-1993, R.A. 6746 y 7-7-1997, R.A. 5508).

Y si bien es cierto que en su aplicación la jurisprudencia «ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso» (STS, Sala 1.ª, de 30-12-1995, R.A. 9616).

De manera que «ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir en todo caso de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad por culposa (SSTS, Sala 1.ª, de 29-3 y 25-4-1983, RR.AA. 1652 y 2133; 9-3-1984, R.A. 1207; 21-6 y 1-10-1985, RR.AA. 3308 y 4566; 24 y 13-1 y 2-4-1986, RR.AA. 329, 444 y 1788; 19-2 y 24-10-1987, RR.AA. 719 y 7471; 5 y 25-4 y 5 y 30-5-1988, RR.AA. 2652, 3277, 3879 y 4352; 17-5, 9-6, 21-7, 16-10, 12 y 21-11-1989, RR.AA. 3771, 4415, 5772, 6923 y 7897; 26-3-8, 21, 26-11 y 13-12-1990, RR.AA. 1731, 8534, 9014, 9047 y 10002; 5-2-1991, R.A. 991; 24-1-1992, R.A. 207; 5-10-1994, R.A. 7453; 9-3, 19-6, 27-9 y 30-12-1995, RR.AA. 1848, 4927, 6672 y 9616).

Se ha evolucionado «hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de poner a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero» (STS, Sala 1.ª, de 27-9-1995, R.A. 6672).

Lo que ha acontecido «tanto en los casos del artículo 1.902 como del 1.903 del Código Civil, bien a través de la idea del "riesgo" bien de la "inversión de la carga de la prueba"» (STS, Sala 1.ª, de 28-2-1992, R.A. 1404).

En un sentido específico, «partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicamente exteriorizados; es decir, una conducta socialmente reprobada» (STS, Sala 1.ª, de 8-11-1990, R.A. 8534).

Efectivamente «aun tratándose de actividades o conductas normalmente diligentes y desde luego lícitas, al venir referidas a actividades que aun beneficiosas para la comunidad en general encierran un evidente riesgo para sus miembros, determinan que el beneficio que su explotación supone para quienes desarrollan, se aprovechan o explotan directamente dichas actividades, empresas o trabajos, se compense con la exigencia de una mayor y más estricta responsabilidad, imponiéndose en consecuencia un más firme o menos flexible reproche en orden a los eventos dañosos que para terceros puedan resultar de dichas actividades» (STS, Sala 1.ª, de 28-2-1992, R.A. 1404). «Salvo que la propia víctima interfiera en la cadena causal» (SSTS, Sala 1.ª, de 19-10-1988 y 19-7-1993, RR.AA. 7588 y 6161).

Es necesario «que se haga patente la culpabilidad que obliga a reparar (el daño) y esta necesidad de una cumplida justificación no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba» (STS, Sala 1.ª, de 2-4-1996, R.A. 2984).

B) La importancia de la relación de causalidad.

A la objetivación de la responsabilidad se corresponde el incremento de la importancia de la relación de causalidad. Efectivamente «no se puede desconocer que por mucho que resulte atenuada, en función de la peligrosidad de numerosas actividades empresariales o profesionales, la exigencia del elemento culpabilístico y acrecentada la correlativa tendencia objetivadora de esta clase de responsabilidad, siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido» (STS, Sala 1.ª, de 2-4-1996, R.A. 2984).

Porque «indiscutida doctrinal y jurisprudencialmente la tendencia objetivadora de la responsabilidad, en todo caso se precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño» (STS, Sala 1.ª, de 2-4-1996, R.A. 2984). «De tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse, por ser desconocida la causa generadora del evento dañoso» (STS, Sala 1.ª, de 9-7-1994, R.A. 6303), «requisito al que no alcanza la inversión de la carga de la prueba» (STS, Sala 1.ª, de 14-2-1994, R.A. 1468).

La interrelación entre la culpa y la relación de causalidad, se manifiesta porque el nexo causal «en numerosos casos se considera base de la culpa del agente, que no se puede considerar aisladamente la mera sucesión causal física de los acontecimientos, y que esa mera relación causal o sucesión causal de acontecimientos es indiferente a la responsabilidad si no lleva consigo imputabilidad para alguien» (STS, Sala 1.ª, de 8-11-1980, R.A. 8534, siguiendo la doctrina sentada ya en la de 22-2-1946. R.A. 253). El nexo causal es la vía para hacer patente la imputabilidad.

Las teorías para determinar cuál sea la causa del daño han sido múltiples, entendiéndose, en ocasiones, que no es posible hacer diferenciación entre las circunstancias concurrentes, siempre que se cumpla el principio de equivalencia o de la condición *sine qua non*.

En otras ocasiones se ha procurado fijar cuál entre las posibles circunstancias concurrentes pudiera ser la causa del daño, aludiéndose bien a la causa adecuada, bien a la causa próxima o bien a la causa eficiente. Con el afinado método del «pronóstico retrospectivo objetivo».

La jurisprudencia, situándose en el segundo grupo de teorías alude, bien que acumulándolas, a las doctrinas de la causalidad adecuada y a la de la causa eficiente («esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión -causa- y el daño o perjuicio -efecto-», STS, Sala 1.ª, de 30-12-1995, R.A. 9616).

Optando además «decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido» (STS, Sala 1.ª, de 30-12-1995, R.A. 9616).

Precisando que «la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efecto, con exclusión de todo exclusivismo doctrinal» (STS, Sala 1.ª, de 30-12-1995, R.A. 9616).

La relación de causalidad se matiza extraordinariamente en supuestos de responsabilidad de las Administraciones Públicas. Así en la STS de 25-3-1997 (R.A. 2295), se dice «el hecho de que no tuviera conocimiento del socavón la Administración demandada no quiere decir que aquél no existiese (...). Existe por lo tanto una relación de causalidad entre la conducta de la Administración y los daños o lesiones ocasionados que no ha sido interferida por fuerza mayor ni culpa exclusiva de la víctima».

Como supuesto que se puede considerar límite, la STS, Sala 1.ª, de 18-7-1997 (R.A. 6083) dice «se produjo una cierta pasividad o por mejor decir conducta omisiva de las Fuerzas de Seguridad (...)» y aunque se produce «inexistencia del nexo causal directo entre la actividad administrativa y los daños y perjuicios producidos, pues éstos fueron, (...), "obra directa de los terroristas" (...) hubo una "cierta relación de causalidad entre la constatada conducta omisiva, por no adoptarse las debidas precauciones (que pudieron, en su caso, aminorar los efectos nocivos) y el dramático desenlace" que justifica la imputación de los daños producidos a la Administración, en razón de la "concurencia de ese nexo causal entre el daño cuya reparación se pretende y el funcionamiento defectuoso del servicio público"».

C) La determinación de la diligencia exigible.

En inmediata relación con aquella evolución jurisprudencial de moderación del culpabilismo y paralelo incremento de la importancia de la relación de causalidad, aparece la referencia a cuál sea la diligencia exigible.

La jurisprudencia, efectuada la moderación inicial del culpabilismo, sitúa la diligencia exigible en la «que correspondería al buen padre de familia puntualizado en el inciso final del artículo 1.104 del Código Civil» (SSTS, Sala 1.ª, de 14-6-1996, R.A. 4771 y 7-7-1997, R.A. 5508), objetivándose la culpa.

Tal objetivación sin embargo parece contradicha cuando la jurisprudencia indica que «para responsabilizar una conducta» haya de atenerse a la «diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar» (SSTS, Sala 1.ª, de 22-4, 17-6 y 7-12-1987, RR. AA. 2723, 5801 y

9282; 12-7-1989, R.A. 5606; 4-6-1991, R.A. 4415; 27-9-1993, R.A. 6746 y 20-6-1994, R.A. 6026), que la persona a la que le impute el daño esté «obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda la prudencia y diligencia» (30-12-1995, R.A. 9616).

El deber de diligencia que «comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todo lo que la jurisprudencia impugna para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente» (STS, Sala 1.ª, de 30-12-1995, R.A. 9616).

La aplicación de la doctrina del riesgo, cuando de actividades empresariales, en sentido estricto, se trata, matiza la diligencia exigible, señalándose que ha de atenderse «además al sector del tráfico o entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar que el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con reflexión necesaria para evitar el perjuicio» (SSTS, Sala 1.ª, de 23-3-1984, R.A. 1431; 1-10-1985, R.A. 4566; 2-4 y 17-12-1986, RR.AA. 1788 y 7675; 17-7-1987, R.A. 5801; 28-10-1988, R.A. 7750; 26-11-1990, R.A. 9054; 7-2-1994, R.A. 915 y 30-12-1995, R.A. 9616).

3. La aplicación del artículo 1.903.IV del Código Civil, en el marco de la evolución desde la responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva del empresario por los actos dañosos de sus trabajadores a la responsabilidad por productos o servicios (responsabilidades del mercado).

El principio subjetivista (culpa) ha ido transformándose por el «principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho de la indemnización del quebranto producido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius es commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*)» (STS, Sala 1.ª, de 7-4-1997, R.A. 2743).

Se presume «culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla, el cumplimiento de reglamentos, pues éstos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos» (SSTS, Sala 1.ª, de 16-10-1989, R.A. 6923; 8-5, 8 y 26-11-1990, RR.AA. 3690, 8534 y 9047; 28-5-1991, R.A. 3940; 24-5-1993, R.A. 3727 y 7-4-1997, R.A. 2743).

La actividad de empresa «implica un riesgo constante, el pertinente a la actividad programada, que multiplica el riesgo del acto aislado. El carácter organizado de la actividad y la dimensión del riesgo lo hacen estadísticamente previsible» (ROJO, A., «La responsabilidad civil del fabricante», Bolonia, 1974, págs. 37-38).

Aquella doctrina lleva inevitablemente a la imputación directa al empresario en cuanto titular de la organización de la que emana el daño («la responsabilidad de las empresas en los supuestos del citado artículo y párrafo (art. 1.903.IV del Código Civil) es directa y no subsidiaria»

STS, Sala 1.^a, de 28-2-1992, R.A. 1404), habiendo sido fundamentada de manera diferente, bien que el equilibrio riesgo (responsabilidad)-beneficio empresarial haya sido el factor posiblemente determinante de su admisibilidad jurisprudencial.

«En esta nueva concepción de la responsabilidad civil del empresario el dependiente tiende a desaparecer, por cuanto se le considera como una "pieza" más del engranaje de toda una organización productiva de bienes y servicios. En este esquema de responsabilidad del empresario se considera jurídicamente irrelevante la posible negligencia, descuido o torpeza del dependiente o agente respectivo» (ZELAYA ETCHEGARAY, P., «La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente», Pamplona, 1995, págs. 134-135).

El alcance jurisprudencial dado a la teoría del riesgo, viene limitando significativamente su utilidad. De mínima consecuencia puede tacharse la atribuida por la STS de 28-5-1996 (R.A. 3859), cuando indica, «no ofrece duda que la "actividad empresarial" de la recurrente conlleva la creación de un riesgo derivado de su peligrosidad, que debe apreciarse al efecto de desplazamiento de la carga de la prueba».

No obstante ordinariamente la jurisprudencia da a la teoría del riesgo más alcance, modificativo del clásico esquema de la culpa aquiliana. Así en la STS, Sala 1.^a, de 9-7-1994 (R.A. 6303), se indica que «ha de tenerse en cuenta que la teoría del riesgo que, efectivamente, es uno de los mecanismos, junto al de inversión de la carga de la prueba que, según reiterada y conocida doctrina de esta Sala atenúan (aunque no lo excluyen) la exigencia del mecanismo psicológico y culpabilístico de la responsabilidad extracontractual, es aplicable solamente a los supuestos de daños generados como consecuencia del desarrollo o ejercicio de actividades peligrosas».

Y continúa la meritada resolución jurisprudencial, «ya que es uniforme la jurisprudencia al proclamar que quien crea un riesgo, debe soportar las consecuencias derivadas de su referido actuar peligroso del que se beneficia (*cuius est commodum, eius est periculum*), pero la expresada teoría del riesgo carece en absoluto de aplicabilidad cuando se trate del ejercicio de una actividad inocua y totalmente desprovista de peligrosidad alguna, en que el elemento culpabilístico recobra su nunca perdida, aunque atenuada, virtualidad configuradora de la responsabilidad aquiliana».

Exigencia de que los daños sean consecuencia de actividades «de suyo peligrosas o verdaderamente creadoras de riesgo», y que es referible «no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios» (STS, Sala 1.^a, de 20-3-1996, R.A. 2244), de los que además «se beneficie su titular» (SSTS, Sala 1.^a, de 16-2- y 5-5-1988, RR.AA. 1994 y 3879; 18-4-1990, R.A. 2726 y 26-5-1994, R.A. 2537). Es de resaltar cómo determinadas actividades minorizan la creación del riesgo por el empresario en cuanto que consideran el mismo, asumido por los terceros, en cuanto es parte de la propia actividad realizada por éstos.

Eso sucede en muchas actividades deportivas (SSTS, Sala 1.ª, de 22-10-1992, R.A. 8399 y 20-3-1996, R.A. 2244). Así la STS de 22-10-1992, R.A. 8399, dice «en materia de juegos o deportes de este tipo la idea de riesgo que cada uno de ellos pueda implicar -roturas de ligamentos, fracturas óseas, etc.-, va ínsita en los mismos y consiguientemente quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre claro está que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales (...) lo que ha de imperar por tanto en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir».

Incluso las circunstancias en la que se practica un deporte pueden aumentar el riesgo. «Esquiar en las circunstancias anteriormente expuestas (pistas heladas y falta de vegetación) "comporta la creación de un riesgo por parte del esquiador de elevadísimo grado"». (STS, Sala 1.ª, de 20-3-1996, R.A. 2244). Lo mismo ocurre en relación con los festejos taurinos, si bien «ante la muerte causada en un encierro de reses bravas es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de riesgos por los perjudicados sea desplazada sobre aquel que, si bien de forma lícita y permitida, ha creado los riesgos» (SSTS, Sala 1.ª, de 30-4-1984 y 28-12-1996, RR.AA. 1974 y 9053, en el mismo sentido la de 3-4-1997, R.A. 2729).

Afirmándose, más en línea con las consecuencias de la teoría del riesgo, que «por mucho que resulte atenuada, en función de la peligrosidad de numerosas actividades empresariales o profesionales, la exigencia del elemento culpabilístico y acrecentada la correlativa tendencia objetivadora de la responsabilidad, siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva (acción u omisión) del demandado y el resultado dañoso producido» (STS, Sala 1.ª, de 9-7-1994, R.A. 6303).

La pluralidad de sujetos intervinientes en el mercado y la presencia en el mismo de unas agresivas y muy sofisticadas técnicas publicitarias, determinaron que se pasase a la responsabilidad estricta por el producto o servicio. «El camino se abrió al conferir incircunscrito relieve a los específicos deberes de diligencia que pesan sobre quien produce o proporciona cosas para uso o consumo de otras personas. Primeramente, tales deberes vinieron referidos a objetos especialmente nocivos, pero luego se apreciaron con relación a toda clase de productos lanzados al mercado» (LÓPEZ JACOISTE, J.J., *opus cit.*, pág. 47).

La jurisprudencia norteamericana tuvo un destacado protagonismo en la creación de esta nueva dimensión de la responsabilidad del empresario en la que la organización empresarial misma carece de relieve, pues la responsabilidad corre unida a la mercancía (Thomas v. Winchester (1852); MacPherson v. Buick Co. (1916); Escola v. Coca Cola Bottling Co. (1944); Henningsen v. Bloomfield Motors Inc. (1960); Greeman V. Yuba Power Products (1963); Seely v. White Motor Co. (1965), etc.).

Nuestra jurisprudencia ya en las SSTS, Sala 1.ª, de 29-3-1983, R.A. 1651; 20-10-1983, R.A. 5334; 14-11-1984, R.A. 5554; 25-3-1991, R.A. 2443 y 29-5-1993, R.A. 4025, se insinuaba en esta última línea.

La Directiva 85/347/CEE, de 25 de julio de 1985, transpuesta a nuestro Derecho interno por Ley 22/1994, de 6 de julio (bien que haya de tomarse en cuenta la STJCE, de 29-5-1997, Asunto C-300/95), y en buena medida la Ley 26/1984, de 19 de julio (STS, Sala 1.ª, de 23-6-1993, R.A. 5380), se incluyen en aquella línea de responsabilidad empresarial.

En todo caso «entre quienes de algún modo concurren en el tráfico o en él negocian entablense exigencias de especial lealtad que les vinculan a usuales niveles de corrección y diligencia. El infringirlas o desatenderlas es razón generadora de responsabilidad extracontractual» (LÓPEZ JACOISTE, J. J., *opus cit.* pág. 61).

Aparece así suficientemente justificado la toma en consideración del artículo 1.903.IV del Código Civil. Además el interés de su regulación normativa se pone de manifiesto en las SSTs de 17-6 y 22-7-1994, RR.AA. 4932 y 6581, y 18-3-1995, R.A. 1964 (cuyos razonamientos, necesariamente por razón histórica, si bien referidos únicamente a la Ley 26/1984, son extrapolables a la Ley 22/1994).

Establece la última de las merítadas resoluciones judiciales «dicha ley especial no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad "además" de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina jurisprudencial de esta Sala».

4. Los elementos subjetivos del artículo 1.903.IV del Código Civil.

A) *El empresario.*

El artículo 1.903.IV del Código Civil con notoria impropiedad se refiere al dueño del establecimiento o empresa. En el momento actual la noción de empresario no requiere que el mismo sea propietario del conjunto de medios materiales que utiliza en el ejercicio de la actividad empresarial. La venerable antigüedad de la norma requiere que se efectúe una interpretación, correctora, «en relación con la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse» (art. 3.1 del Código Civil).

Por empresario habrá de considerarse al titular de la empresa, esto es, aquella persona, física o jurídica, que quedó definido en la Introducción de este trabajo. No obstante dos cuestiones han de resolverse en relación con la delimitación de este elemento subjetivo de la norma.

La primera es tratar de establecer si quienes por razones históricas, económicas o sociológicas no son empresarios mercantiles, los denominados empresarios civiles, quedan incluidos en el precepto. La respuesta ha de ser afirmativa pues la imputación de responsabilidad al empresario encuentra su fundamento no sólo en el dato normativo de tratarse de un empresario mercantil, ni úni-

camente ser el empresario el centro de imputación jurídica, por realizar en nombre propio y autónomamente la actividad empresarial, sino también en la existencia de la organización inherente a la actividad de empresa y en el poder de dirección del empresario.

En ese mismo orden de cosas ha de plantearse si los denominados microempresarios, en terminología comunitaria, tienen a estos efectos la condición de empresarios. Se trata de una cuestión de límites. Si quien actúa como empresario, es titular de una organización empresarial y si en su seno ejerce un poder de dirección efectivo, parece que debe considerarse incluido en el precepto, pero no en otro caso.

La segunda cuestión hace referencia a los empresarios sociales. La plena admisibilidad de sociedades capitalistas unipersonales en nuestro ordenamiento hace que, en la medida en que se constituyan o sobrevengan a la situación de unipersonalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) o en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL), no proceda el «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica social (precisamente la limitación de la responsabilidad del único socio es el propósito confesado en la Duodécima Directiva del Consejo).

Tratándose de sociedades unipersonales que no puedan incluirse en el apartado anterior, o en las que se den supuestos de infracapitalización, o utilización fraudulenta o abusiva (interposición), de la personalidad jurídica, procederá el «levantamiento del velo» y el socio (s) será (n) responsable (s), en cuanto que empresario real (en términos económicos) y sin perjuicio de la responsabilidad solidaria con el empresario social (*vid.* BOLDÓ RODA, C., «Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español», Pamplona, 1996).

Las sociedades mercantiles capitalistas, en cuanto se encuentren en fase de formación, habrán de considerarse incluidas en el precepto, con el grado de personificación que les es propio y a los socios con la responsabilidad que la normativa reguladora (LSA) les atribuye.

Las sociedades irregulares y las sociedades de hecho mercantiles (en cuanto que desarrollan una actividad económica) quedan incluidas en el precepto y sus socios con la responsabilidad personal que les sea atribuible (ordinariamente de socio colectivo de una sociedad regular colectiva).

Los grupos de sociedades habrán de considerarse como empresarios, en cuanto que grupo, esto es, se tratará de «empresarios plurisocietarios», y con otra composición cuando también comprendan entidades que no sean sociedades.

Las fundaciones, en cuanto que desarrollen una actividad económica deberán considerarse incluidas en el precepto, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad de los patronos. Sin embargo, en cuanto que no lleven a cabo actividad de empresa alguna, no deberían quedar incluidas en el precepto.

Las sociedades civiles (cuya personalidad jurídica, cuando no son ocultas, no nos merece duda, a pesar de la RDGRN de 31-3-1997, R.A. 2049) y las asociaciones de cualquier clase, incluidos los sindicatos, no deberían quedar incluidos en el precepto, la razón es que el mismo alude a «establecimiento» y a «empresa», a «dependientes» y a «empleados», lo que significa el desarrollo de una actividad económica con ejercicio de poderes de dirección.

B) El «director».

El artículo 1.903.IV imputa la responsabilidad también al «director». Aquella alusión normativa debe reconducirse a la «alta dirección empresarial», esto es, a los Administradores, Patronos y al Personal de Alta Dirección.

Semánticamente, «dirección» alude a la acción de dirigir o gobernar y «alta» significa tanto como elevada, de gran categoría. Una reiterada jurisprudencia, a partir de la STS, Sala 4.^a, de 21-1-1991 (R.A. 675), viene entendiendo que un alto cargo y un administrador pueden desarrollar la misma actividad (sobre la alta dirección empresarial nos remitimos TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta Dirección Empresarial...*, pág. 3.723 y ss. También ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.*, págs. 72-73). Hay que distinguir, pues, entre el Personal de Alta Dirección y los Administradores Sociales.

El Personal de Alta Dirección, cuyo precedente inmediato y tomado en consideración por el artículo 1.903. IV del Código Civil es el factor, se vincula con el empresario mediante un contrato de trabajo. Ciertamente el factor o apoderado general también se relacionaba con el empresario mediante un contrato de trabajo, ya que ni la representación presupone necesariamente un contrato ni la función del factor está limitada a la conclusión de negocios jurídicos (ASCARELLI, T., «Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil», Barcelona, 1964, pág. 262).

Ha de considerarse que el Código de Trabajo de 23-8-1926, excluía a los «directores, ... gerentes y, en general, los apoderados generales y factores mercantiles», del ámbito de competencia de los Tribunales Industriales (art. 427). La Ley de jornada máxima también los excluía y las Leyes de Contrato de Trabajo de 21-11-1931 y 26-1-1944 así como la Ley de Jurados Mixtos de 29-8-1935, mantuvieron aquella exclusión. La Ley de Relaciones Laborales 26/1976, de 8 de abril, recoge la figura [art. 3.k)], pero mantenía la situación anterior en tanto no se desarrollara su régimen laboral especial (disp. adic. cuarta y trans. primera), situación que se mantuvo hasta el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

El contrato de trabajo del Personal de Alta Dirección origina la relación laboral especial regulada por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, siendo lo característico de la misma que aquel personal participe en la toma de las decisiones fundamentales relativas a la actividad empresarial, «ha de actuar con facultades y con poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa y a sus objetivos generales, con plena autonomía y responsabilidad».

La inserción de ese «personal» en la organización del empresario, constituye el primer presupuesto implícito (conjuntamente a las notas de ajenidad, retribución y libertad) de su misma noción, pero «hace de empresario y como tal manda» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *opus cit.*, pág. 75), más en concreto puede aludirse a la inexistencia en esa relación de la nota de la «dependencia», en términos tradicionales, o plantearse la existencia de una singular para-dependencia.

«El poder de dirección cuya titularidad sin duda permanece en el empresario no resulta relevante para calificar esta relación jurídica por cuanto su ejercicio se residencia en el alto cargo, y no por delegación del empresario (en contra STS de 18-3-1991, R.A. 1868) sino, dado que la norma le atribuye su ejercicio con «autonomía y plena responsabilidad», originariamente. El alto cargo participa con el empresario en el ejercicio de las funciones decisorias y ordenadoras, de tal manera que el empresario se reserva el ejercicio de las funciones de control, que conjuntamente con aquéllas conforman el poder de dirección» (TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta Dirección Empresarial...*, págs. 3.730-3.731).

«La jurisprudencia ha querido mantener el poder de dirección del empresario en sus términos tradicionales, para lo cual se ha visto obligada a ubicar indebidamente la nota de la autonomía, y para que no resultara desgajada de la nota de la plena responsabilidad también situar erróneamente ésta, con lo que ambas quedan sin sentido. La autonomía a la que venimos aludiendo no es más que una modalización de la dependencia (...) por ello ha de referirse a la relación jurídica del alto cargo con el empresario, nunca a una inexistente relación jurídica del alto cargo con los trabajadores, frente a éstos en todo caso fácticamente se manifiesta a través del ejercicio del poder de dirección, y desde luego jamás puede plantearse frente a lo que erróneamente se ha llegado a denominar objeto de la actividad empresarial» (TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta Dirección Empresarial...*, pág. 3.731).

El alto cargo es, típicamente, el sujeto al que se refiere el artículo 1.903.IV, fundamentan tal conclusión las notas de la autonomía y la, asociada, plena responsabilidad que se dan en el actuar del alto cargo, el cual ejerce poderes inherentes a la titularidad de la empresa, poderes de gestión y representación (STS, Sala 4.ª, de 29-2-1991, R.A. 874) propios del empresario, generales («lo decisivo, pues, no es la existencia del poder, sino el sentido y alcance de las facultades que en el mismo se contengan», STS, Sala 4.ª, de 4-7-1990, R.A. 3679).

Debe distinguirse al alto cargo del personal directivo o de confianza. No cabe confundir el ejercicio de funciones directivas por parte de algunos trabajadores en quienes se delegan facultades más o menos concretas (proceso necesario en cualquier organización dotada de una mínima complejidad), con la alta dirección (SSTS, Sala 4.ª, de 15-7-1986, 13-3-1990, RR. AA. 4139 y 2065), en este caso nos encontramos ante trabajadores ordinarios (STS, Sala 4.ª, de 22-5-1990, R.A. 4488).

La jurisprudencia ha calificado, por la necesaria amplitud de sus poderes, al alto cargo, bien que ocasionalmente, como *alter ego* del empresario (STS, Sala 4.ª, de 18-10-1990, R.A. 7694), coincidencia terminológica que revela el emparentamiento con la figura del factor.

La alusión a los administradores y a los patronos, en cualquier referencia a la alta dirección empresarial, tiene sentido en la medida en que se alude a estructuras corporativas y aparecen determinados sujetos como titulares de los órganos que tienen funciones de gestión y representación.

Los administradores sociales y los patronos de las fundaciones que desenvuelvan una actividad de empresa, cuya relación con la sociedad y la fundación es objeto de diversas teorías, en las que ahora no procede entrar, no se incluyen, en principio, en el concepto de «director» al que venimos haciendo referencia (ha de partirse de que no hay actividad de una persona física, titular del órgano, con efectos para la persona jurídica, sino de actividad de ésta para ella misma, porque la actividad del titular del órgano es «directamente imputable» a la persona jurídica, *vid.* ALBALADEJO, M., *opus cit.* ...*Derecho Civil*, pág. 393).

No obsta a lo que se está indicando que los administradores sociales puedan venir obligados a reparar daños a terceros, cuando con su actuación han perjudicado directamente intereses de éstos, mediante el ejercicio por aquéllos de la acción individual de responsabilidad, no se trata en tales casos de poner en juego la responsabilidad de aquéllos por los actos dañosos de los dependientes, *ex* artículo 1.903 del Código Civil.

Sin embargo, conviene matizar. En primer lugar por cuanto existen supuestos concretos en los que se establece la responsabilidad solidaria de los administradores para con la sociedad (nos remitimos a lo expuesto respecto de la responsabilidad contractual) y, en segundo lugar porque existe una figura peculiar y muy frecuente en la práctica que merece al menos ser aludida, me refiero al Administrador-Alto Cargo.

Efectivamente «el alto cargo-administrador constituye una figura jurídica con sustantividad propia, cuyo régimen jurídico, por un exceso de conceptualismo, de dogmatismo jurídico, no se ha planteado, sino reconducido a la relación laboral o a la posición de los administradores» (TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta dirección Empresarial...*, pág. 3.759).

La jurisprudencia que se inicia a partir de la STS, Sala 4.^a, de 21-1-1991, R.A. 65 (modificándose la jurisprudencia anterior, SSTS de 25-10 y 7-11-1990, RR.AA. 7714 y 8586), establece que cuando simultáneamente se ejerce el poder y la gestión empresarial «no cabe disgregar ese complejo ámbito funcional para hacerlo objeto de un separado tratamiento jurídico, puesto que, en tales casos, se produce una retención en la titularidad de la empresa de funciones directivas o gerenciales, que, siendo susceptibles de transferencia a medio de la constitución de una relación jurídica de índole laboral, sin embargo, se conservan por aquélla como propias» (STS, Sala 4.^a, de 18-3-1991, R.A. 1868).

Se reconoce que en la actividad de los Consejeros delegados hay un «plus» de actividad respecto del resto de los integrantes del órgano de administración, pero ello no supone que por lo general puedan considerarse coincidentes en la misma persona, y en el mismo tiempo, las condiciones de administrador «ejecutivo» y de personal de Alta Dirección (trabajador), en tal caso la condición de administrador absorbe a la de Alto Cargo laboral (sobre el tema TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta Dirección Empresarial...*, págs. 3.759-3.763).

Pero la posición de aquella jurisprudencia no parece correcta por el reduccionismo que supone. «La solución, de *lege ferenda*, pasa por una regulación específica de la alta dirección, y de *lege data* ha de concluirse, no por cómodo expediente sino en línea de lo ya apuntado por J. GIRÓN (...) para los administradores de sociedades anónimas, que existe un contrato *sui generis*, atípico, de trabajo, ubicado fuera de las categorías de la rama social del Derecho (...), y cuyo contenido vendría dado por una pluralidad de normas» (TAPIA, A., *opus cit.*, *La Alta Dirección Empresarial...*, pág. 3.763).

En esta polémica ha venido a terciar la Sala 4.^a, del Alto Tribunal, con la jurisprudencia sentada a partir de la STS de 29-1-1997, R.A. 640, sobre el encuadramiento de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas en el Sistema de la Seguridad Social, seguida también por la de la Sala 3.^a del mismo Tribunal, desde su Sentencia de 23-5-1997, R.A. 4062. En esta sentencia se sienta una cuestionable doctrina (modificándose el claro criterio mantenido en la STS, Sala 4.^a, de 4-6-1996, R.A. 4882).

En esta jurisprudencia se establece que «el administrador social, que trabaja para la sociedad, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil», y que «si el administrador societario no alcanza el 50 por 100 de las acciones prevalece o tiene preponderancia en su trabajo el rasgo de la ajenidad. En cambio si posee la mitad o más de las participaciones sociales, no se puede decir, ateniéndonos a un criterio de efectividad, que el administrador social ejecutivo sea verdaderamente un trabajador por cuenta ajena. El fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía del incremento del activo de la empresa, en su patrimonio».

El administrador ejecutivo entra en el ámbito del «director», aludido en el artículo 1.903. IV del Código Civil. Sin embargo, las matizaciones introducidas por la jurisprudencia a la que se acaba de aludir, puede llevar a la conclusión de que entrará el administrador ejecutivo en la noción de «director», si posee menos del 50 por 100 del capital social, en otro caso, bien entraría en la noción de empresario, responsable solidario con la sociedad del daño causado por la actuación del dependiente, o bien como «director» en tanto que factor existiendo confusión patrimonial con el empresario (con la responsabilidad además que establece el art. 285, párrafo segundo, del Código de Comercio).

C) El «dependiente» o trabajador.

El artículo 1.903.IV alude a «dependientes», utilizando la terminología al uso en su momento de publicación del Código de Comercio, abarcador no sólo de los «dependientes» en sentido estricto sino también de los «mancebos». «Si los términos usados por el Código no coinciden con los de uso vulgar, tampoco son exactos desde el punto de vista jurídico, ya que todos los auxiliares del empresario (sean apoderados generales o singulares) son "dependientes", por estar sujetos a su poder jerárquico» (SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.*, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. I, pág. 195).

«Los colaboradores dependientes, como sabemos, están ligados con el empresario por medio de un contrato de trabajo» (SÁNCHEZ CALERO, F., *opus cit.*, *Instituciones de Derecho Mercantil* T. I, pág. 189). Sin embargo, la doctrina así como la jurisprudencia han sido proclives a tomar semejante término en un sentido funcional, de tal manera que «la figura del dependiente viene caracterizada por el sometimiento a las instrucciones emanadas de otra persona. No es necesario, desde esta perspectiva, identificarlo con una concreta figura proveniente de un determinado contrato» (BARCELÓ DOMENECH, J., *opus cit.*, pág. 209).

a) La noción de «dependiente».

Limitamos la noción de «dependiente» al sujeto vinculado con el empresario mediante un contrato de trabajo, con independencia de la naturaleza común o especial de la relación laboral, dado el carácter ejemplar que, en todo caso, tiene para cualquier interpretación extensiva de aquella noción.

Consideramos pues «dependiente» a «la persona que contractualmente presta sus servicios a otra contra salario, sujeta a las órdenes e inserta en la organización de ésta» (ALONSO OLEA M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.*, pág. 68). Ciertamente «No puede haber relación de trabajo sin un poder de mandar y un deber de obedecer (...) sin embargo, el poder de mandar y el deber de obedecer pueden ser regulados. Un elemento de coordinación puede ser introducido en la relación de trabajo» (KAHN-FREUD, O., *Trabajo y Derecho*, Madrid, 1987 pág. 53). Esa función la realiza el contrato de trabajo y las negociaciones o relaciones colectivas del empresario y los sindicatos u otras representaciones de los trabajadores.

El poder de dirección del empresario, al que se alude en la Introducción, es la «facultad de dictar reglamentos, órdenes o normas generales de taller o fábrica (...) la facultad de dar órdenes particulares y concretas a cada trabajador o a un grupo de trabajadores, independientemente de que éstos, por muy rutinario y repetido que sea un trabajo, han de usar su iniciativa para su ejecución (...). El grado de "dependencia o independencia técnica" varía gradualmente» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.*, pág. 355).

El deber de obediencia a las órdenes del empresario se impone con gran intensidad al presumirse «*iuris tantum* que (...) son legítimas» (ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E., *opus cit.*, pág. 360), que éste está legitimado para desobedecerlas únicamente cuando sean constitutivas de delito, cuando violen derechos inherentes a la dignidad de la persona, afecten a la *privancy*, o cuando pongan en peligro la vida o salud del propio trabajador.

Las facultades del empresario para verificar y en general controlar el cumplimiento de sus órdenes (la prestación material del trabajo) por el trabajador tienen una pareja intensidad e importancia al deber del trabajador de cumplir las órdenes de aquél (art. 20 del ET).

No puede dejar de aludirse a que el empresario tiene asignado el denominado poder disciplinario, excepcional posibilidad de ejercicio de un *ius puniendi*, que se atribuye como necesidad inherente a la ordenación de la actividad empresarial, a la gestión de la organización empresarial, mostrándose como el respaldo del poder de dirección. Incluso puede hacer referencia a una función de liderazgo del grupo (empresa) que el sistema económico (de mercado) asigna a los titulares de las empresas («dueños» y «directores» en términos del art. 1.903.IV del Código Civil).

No obstante, es preciso también afirmar que «lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia sino su limitación paulatina» [ALONSO OLEA, M., «Las raíces del contrato de trabajo», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 21 (1989), pág. 415].

Porque «la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...). Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada» (KAHN-FREUD, O., *opus cit.*, pág. 52). Por otra parte no puede olvidarse que el poder sindical es un poder real, de contrapeso frente a los empresarios.

En ese orden de ideas resulta que la responsabilidad que se regula en el artículo 1.903.IV del Código Civil, ha de adecuarse a esa progresiva limitación de los poderes empresariales y a la presencia de ese otro poder, el sindical.

b) La «dependencia» en la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha venido utilizando múltiples expresiones para definir la relación de dependencia, así alude a «vínculo de dependencia o subordinación» (SSTS, Sala 1.ª, 22-11-1985 y 13-6-1987, RR.AA. 5629 y 4297), «subordinación» (SSTS, Sala 1.ª, de 7-3-1980 y 26-6-1984, RR.AA. 1118 y 3269), «autoridad o dependencia» (STS, Sala 1.ª, de 5-7-1979, R.A. 2931), «relación jerárquica o de dependencia» (SSTS, Sala 1.ª, de 30-10-1991, R.A. 7246, y 2-7-1993, R.A. 5789).

Existe una importante jurisprudencia que amplía hasta límites ciertamente cuestionables la noción de «dependiente» (STS, Sala 1.ª, de 16-5-1988, R.A. 4308, referida a un contrato de mandato; STS, Sala 1.ª, de 23-2-1976, R.A. 880, relativa a la cesión gratuita de vehículo; SSTS, Sala 1.ª, de 18-6-1979 y 11-2-1985, RR.AA. 2895 y 544, que parecen acoger la responsabilidad por los daños causados por el «contratante independiente», etc.).

Con precisión la jurisprudencia tras indicar que «establece el artículo 1.903 del Código Civil que la obligación es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, responsabilidad por hecho ilícito ajeno que tiene su fundamento en una culpa *in eligendo* o *in vigilando*, e incluso en la creación de un riesgo», anuda a ella la relación de dependencia (SSTS, Sala 1.ª, de 7-10-1983, R.A. 5314; 10-5-1986, R.A. 2678; 26-11-1990, R.A. 9047 y 2-7-1993, R.A. 5789).

Efectivamente, la citada jurisprudencia continúa «y requiere como presupuesto inexcusable en el supuesto del párrafo 4.º del citado precepto, que exista una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa, según las situaciones concretas, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien es exigible la responsabilidad».

Es pues inexcusable que el daño se acuse «existiendo una relación jerárquica o de dependencia, entre el ejecutor del daño y la empresa a la que se exige la responsabilidad» (SSTS, Sala 1.ª, de 21-9-1987, R.A. 6188 y 26-2-1996, R.A. 1595).

«Cuando se trata de contratos entre empresas, no determinantes de relaciones de subordinación entre ellas, falta toda razón esencial para aplicar el artículo 1.903 del Código Civil puesto que, por lo general, no puede decirse que quien encarga cierta obra a una empresa autónoma en su organización y medios y con asunción de los riesgos inherentes al cometido que desempeña, deba responder de los daños ocasionados por los empleados de ésta, a menos que el comitente se hubiera reservado participación en los trabajos, o parte de ellos, sometiéndolos a su vigilancia y dirección» (SSTS, Sala 1.ª, de 4-1-1982, R.A. 178; 9-7-1984, R.A. 3801 y 15-9-1997, R.A. 6433).

Sí operará la responsabilidad *ex* artículo 1.903.IV del Código Civil cuando se designa para hacer los trabajos «a persona no idónea, cuya acreditada carencia de autonomía empresarial mínima, obliga a considerarla en estado de subordinación respecto de la designante propietaria de la obra que se obligó a pagar directamente los trabajos» (STS de 15-9-1997, R.A. 6433).

5. La culpa del trabajador y el nexo causal.

La no expresa alusión a la culpa del trabajador por el artículo 1.903 del Código Civil, así como el no requerirse por aquel precepto la previa ni siquiera simultánea condena del trabajador para deducir la responsabilidad del empresario, parecen abogar por la no exigencia de ese actuar culpable.

No obstante la circunstancia de que el artículo 1.903 del Código Civil esté en íntima conexión con el 1.902 del Código Civil, y la facultad de repetición del artículo 1.904 del Código Civil, así como que el sistema mismo de la responsabilidad extracontractual, en el Código Civil, esté imbuido en el ámbito del actuar culpable, hacen que el actuar culposo del trabajador constituya un requisito necesario para deducir la responsabilidad del empresario (Indica ALBALADEJO, M., *opus cit. Derecho Civil*, T. II, vol. 2.º, pág. 485, «casi no hace falta advertir que la responsabilidad por actos ajenos es por actos ajenos culpables»).

Cuestión diferente es que nos hallemos en el ámbito de las actividades o supuestos que no exigen la culpa como requisito de imputación de la responsabilidad, en esos casos, pero sólo en ellos, la mera derivación de daños del actuar del trabajador, diligente o culpable, generará la responsabilidad del empresario. En esos supuestos la neutralidad del artículo 1.903.IV, antes aludida, lo permite, porque puede considerarse también extramuros del sistema de responsabilidad por culpa.

Según la jurisprudencia el empresario es responsable, *ex* artículo 1.903.IV del Código Civil del resultado «lesivo que se produjo como consecuencia de la conducta culposa o negligente de los dos peones comisionados por la empresa para la instalación del andamio» (STS, Sala 1.ª, de 12-2-1996, R.A. 869).

«Se trata de una responsabilidad directa que se basa en culpa *in operando* del subordinado» (STS, Sala 1.ª, de 29-2-1996, R.A. 1612), por ello la responsabilidad de empresario no existe, porque "el carácter antijurídico de la acción, subyacente en la responsabilidad configurada en el artículo 1.902 del Código Civil, ha de verse eliminado, en su caso, por la legítima defensa» (STS, Sala 1.ª, de 28-6-1996, R.A. 4904).

«Y si bien la atribución de tal responsabilidad a la entidad titular del mecanismo causante del daño es indemnizable, exige la del operario a cuyo cargo se encuentre su manejo, (...), lo que hace surgir en él una culpa *in operando* y en la sociedad (...) *in eligendo*» (STS de 28-2-1992, R.A. 1404).

Culpa en el actuar del trabajador y relación de causalidad entre la conducta y el daño. Efectivamente es exigible «una actuación culposa del dependiente de la persona a quien se imputa esa responsabilidad directa, que produzca un daño que sea consecuencia natural, adecuada y suficiente de aquélla y que se determine con claridad esa causalidad, sin que sean suficientes las conjeturas» SSTS, Sala 1.ª, de 23-9 y 24-10-1991, RR. AA. 5679 y 606 y 26-2-1996, R.A. 1595). Precizando la última de las sentencias citadas «que la causalidad entre la acción u omisión negligentes (...) esté perfectamente acreditada por ser ésta, causa eficiente del evento dañoso».

La exigencia de la concurrencia de culpa en la actuación del trabajador (culpa *in operando*), permite que se pueda apreciar, en su caso, la compensación de culpas, como se indica en la STS, Sala 1.ª, de 12-2-1996, R.A. 869, «resultado lesivo que se produjo como consecuencia de la conducta culposa o negligente de los dos peones (...) ello sin perjuicio, como es obvio, de la también apreciada y anteriormente dicha concurrencia de culpa por parte del propio lesionado-demandante».

Requiere aquella «compensación de responsabilidades o compensación de consecuencias reparadoras, más que la tópica de compensación de culpas, puesto que la culpa como elemento subjetivo de la reprochabilidad no es susceptible de operar en un acto compensatorio (...):

- a) Que la concurrencia de las responsabilidades ha de ser de igual naturaleza y de la misma esencia jurídica.
- b) Que la compensación de responsabilidades sirve para aminorar la indemnización global solicitada, pero no necesariamente de exclusión de la obligación de resarcir».

(SSTS, Sala 1.ª, de 10-5-1963, R.A. 2510; 5-6-1968, R.A. 3762; 8-10-1969, R.A. 4617; 15-12-1984, R.A. 6188; 28-5-1993, R.A. 4082 y 10-10-1996, R.A. 7556).

Siendo de precisar que «es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudablemente resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica que no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a tercero» (SSTS, Sala 1.ª, de 7-11-1996, R.A. 7913 y 27-6-1997, R.A. 5399).

En todo caso «la equitativa moderación de la cuantía indemnizatoria a satisfacer a la víctima exige que la misma haya observado un comportamiento culposo claro y bien apreciado "SSTS, Sala 1.ª, de 27-6-1983, R.A. 3691; 25-4-1988, R.A. 3277 y 5-10-1995, R. A. 7020), y es posible su apreciación de oficio» (STS, Sala 1.ª, de 29-2-1996, R.A. 16212).

Excluyéndose la responsabilidad de la empresa (ferroviaria) cuando se da culpa exclusiva del accidentado (SSTS, Sala 1.ª, de 21-10 y 30-12-1991, RR. AA. 7231 y 9608; 24-1 y 10-7-1992, RR.AA. 207 y 6276). «De forma que la coacción que somete al particular a los riesgos creadores de responsabilidad se caracteriza por ser ineludible» (STS, Sala 1.ª, de 15-7-1993, R.A. 5810).

6. La actuación de los trabajadores «en el servicio de los ramos en los que estuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones».

Requisito específicamente exigido por el artículo 1.903.IV del Código Civil, para que surja la responsabilidad empresarial. «Para fijar o determinar con cierta precisión los límites del requisito (...) es necesario conocer cuál es el criterio de atribución o imputación del daño que se debe aplicar a la actividad desplegada por el dependiente en favor de su empresario» (ZELAYA ETCHEGARAY, P., *opus cit.*, pág. 442).

En la perspectiva más tradicional, y acorde con la responsabilidad del empresario *in eligendo* o *in vigilando*, resulta que éste ha de haber ordenado, dirigido, etc. de manera específica la actuación del trabajador.

La posición expuesta en el apartado anterior no es hoy en día sostenida doctrinal ni jurisprudencialmente. Las extralimitaciones o desobediencias del trabajador no excluyen la responsabilidad del empresario, ni siquiera es seguro que la actuación del trabajador «contra prohibición expresa del empresario» excluya la responsabilidad de éste (ALONSO OLEA, M., «La responsabilidad del empresario frente a terceros por actos del trabajador a su servicio», Madrid, 1990, pág. 22).

La jurisprudencia recoge tal exigencia legal estableciendo que es requisito para que se genere la responsabilidad directa del empresario *ex* artículo 1.903.IV del Código Civil «que el agente causante del daño, al producirlo, actúe en el ámbito de las funciones correspondientes a esa persona a la que se imputa la responsabilidad, en la que lo tuviera empleado y bajo su dirección, vigilancia y control» (SSTS de 9-7-1984, R.A. 3801; 16-4 y 30-10-1991, R.A. 2697 y 7246; 28-2-1996, R.A. 1595).

Por contra, según la STS de 4-4-1997 (R.A. 2639) «carece de toda consistencia el razonamiento de que "IB, SA" sólo podía haber sido responsabilizada en el caso de que los perjuicios hubieran sido "causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que estuviesen empleados, o con ocasión de sus funciones", ya que para la existencia de tal responsabilidad era bastante que fueran operarios suyos los que de hecho efectuaron la descarga».

IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO POR LA ACTUACIÓN DE LOS «PROFESIONALES A SU SERVICIO»

La jurisprudencia ha matizado la doctrina de la responsabilidad del empresario cuando de la actuación de trabajadores que puedan ser calificados de profesionales a su servicio se trata, partiendo de la fundamental distinción de «"culpa del profesional" que no es más que la imprudencia común cometida por el profesional y la "culpa profesional" que descansa en la impericia, que tanto puede encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente» (SSTS, Sala 2.ª, de 23-7-1987, R.A. 5619; 24-1-1990, R.A. 481 y 28-9-1992, R.A. 67471).

Según la STS, Sala 1.ª, de 22-4-1997 (R.A. 3249), aquella responsabilidad puede ser contractual, extracontractual o derivada de delito, «no son opuestos entre sí los conceptos de esta triple responsabilidad sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas», y requiriendo una actividad probatoria distinta en orden a la prueba del elemento de la culpa.

Ha sido en torno a la responsabilidad de los establecimientos sanitarios por la actuación del personal médico y paramédico, donde se ha ido elaborando esa jurisprudencia. La posición, hoy ya sólida puede extrapolarse a los daños provocados por la actuación de otros profesionales, siempre que se encuentren en una relación de dependencia.

1. La responsabilidad sanitaria.

Engloba la responsabilidad del titular del centro médico por deficiencias en su funcionamiento u organización, defectuosa asistencia médica y de los servicios paramédicos, etc. La responsabilidad derivada de la prestación de servicios hoteleros tales como los de alojamiento, manutención, los de guarda y seguridad del paciente, etc., siguen las reglas comunes hasta ahora vistas.

A) La responsabilidad médica. El deber de asistencia médica como deber de medios. Responsabilidad por culpa.

«Para que pueda surgir la responsabilidad del profesional sanitario o del centro hospitalario de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicado a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto

médico o clínico enjuiciado» (STS, Sala 1.ª, de 15-3-1993, R.A. 2276). Exigencia que desaparece cuando se considera aplicable la normativa referente a la defensa de los consumidores, como se indica más adelante.

«La relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación, sí el empleo de las técnicas adecuadas» (SSTS, Sala 1.ª, de 26-5-1986, R.A. 2824; 7 y 12-2-1990, RR. AA. 668 y 6677; 13-10-1992, R.A. 7547; 2-2-1993, R.A. 793; 25-2 y 10-12-1996, RR.AA. 1589 y 8967), y «mayor responsabilidad se genera aún al no aplicar medio alguno, prescindándose del simple reconocimiento, con posibilidad de ejercitar la acción directa contra el centro hospitalario por la omisión negligente de quienes de él dependen» (STS, Sala 1.ª, de 6-7-1990, R.A. 5780).

Siendo la obligación contractual o extracontractual del médico (responsabilidad coincidente por compatibilidad de los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil, STS, Sala 1.ª, de 2-2-1993, R.A. 793, a «yuxtaposición de responsabilidades se refiere la STS, Sala 1.ª, de 13-2-1993 (R.A. 771), quedando descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba» (SSTS, Sala 1.ª, de 8-10-1992, R.A. 7540; 2-2 y 15-3-1993, RR. AA. 793 y 2276; 26-9-1994, R.A. 7303).

Sin embargo, la STS, Sala 1.ª, de 22-4-1997 (R.A. 3249), tras afirmar que el profesional es «deudor de obligación de actividad», señala que la incidencia de la culpa, cuando la responsabilidad deriva de delito «ha de probarse plenamente», cuando es contractual por incumplimiento «probado éste, presume la culpa», y cuando es extracontractual «se presume la culpa, invirtiéndose la carga de la prueba, desde la Sentencia de 10 de julio de 1943, y se aproxima a la objetivación cada vez más desde 1981».

«No hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa por no depender la misma del resultado dañoso» (SSTS, Sala 1.ª, de 26-5-1986, R.A. 2824; 12-7-1988, R.A. 5991; 7-2-1990, R.A. 668; 8-5-1991, R.A. 3618; 13-10-1992, R.A. 7547; 23-3 y 15-11-1993, RR.AA. 2545 y 9096; 6-3-1996, R.A. 1941).

«A la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico» (STS, Sala 1.ª, de 7-6-1988, R.A. 4825), «o más generalmente en una acción culposa» (STS, Sala 1.ª, de 22-6-1988, R.A. 5124), «que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva de la aplicación de un medio» (STS, Sala 1.ª, de 7-6-1988, R.A. 4825), «o más generalmente de una acción culposa» (STS, Sala 1.ª, de 22-6-1988, R.A. 5124). «No puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad» (STS, Sala 1.ª, de 23-3-1993, R.A. 2545).

a) Módulo de diligencia exigible. La *lex artis ad hoc*.

«Se entiende la *lex artis ad hoc* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional en la medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital

del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida».

b) La previsibilidad.

«Para que exista responsabilidad atribuible a culpa o negligencia se precisa que el suceso sea previsible, a consecuencia de que sea atribuible a la voluntad de la persona a quien se atribuya tal responsabilidad, ya que si no es así, falta la precisa relación de causa a efecto, como sucede cuando, en los supuestos de intervenciones quirúrgicas, tienen participación en el evento las reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles, que muchas veces dan lugar a sucesos o resultados fortuitos, de fuerza mayor o ajenos al buen actuar profesional del médico actuante» (STS 6-3-1996, Sala 1.ª, R.A. 1941).

No obstante, la no imposición de la prueba del caso fortuito a los profesionales sanitarios «la mejor posición probatoria (...) en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad (...no) puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte» (STS, Sala 1.ª, de 28-7-1997, R.A. 5954).

c) La cirugía asistencial y la cirugía satisfactiva.

Tras calificarse de arrendamiento de servicios los supuestos de prestación de asistencia médica, la STS, Sala 1.ª, de 27-6-1997 (R.A. 5758), indica que «en los supuestos en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, en que se acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica -la actividad sexual- (...) el contrato se aproxima al arrendamiento de obra» (en el mismo sentido las SSTS, Sala 1.ª, de 25-4-1994 y 11-2-1997, RR. AA. 3073 y 940).

«Esta obligación que (...) es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, ya no sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, (...), sino también, y con mayor fuerza aún, las de información al cliente -que no paciente- tanto del posible riesgo que la intervención (...) acarrea, como de las posibilidades que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, (...) esta categoría híbrida de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, no cabe duda que el "resultado" (...) actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional» (STS, Sala 1.ª, de 11-2-1997, R.A. 940).

Así señala la precitada sentencia que ha de distinguirse «dentro del campo de la cirugía entre una "cirugía asistencial" que identificaría la prestación del profesional como *locatio operarum* y una

"cirugía satisfactiva" (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía...) que identifiquen aquella con la *locatio operis*, esto es, con un plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado».

B) Prestaciones paramédicas.

Indica la STS, Sala 1.ª, de 1-7-1997 (R.A. 5471), «como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslaya en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, sin una acreditada valoración previa de aquéllos y sin una explicación de los riesgos acumulados que aquéllos comportan, para someterlos en suma a la aceptación del paciente, mediante su consentimiento».

Continuando la indicada sentencia «en estos casos la responsabilidad del médico queda fuera de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que no acepta el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado».

Se imputa la responsabilidad a la «clínica» «ya que la infección bacteriana ocurrió estando hospitalizada en la misma y bajo atención y cuidado de su personal» (STS, Sala 1.ª, de 15-2-1993, R.A. 771).

2. La responsabilidad del titular del centro sanitario.

Los centros hospitalarios son «responsables *in genere* y al menos en último grado, cuando no otra atribución fuere posible existiendo faltas, defectos o negligencias en el funcionamiento de sus actividades hospitalarias» (SSTS 16-12-1987, R.A. 9511 y 4-11-1992, R.A. 9199).

Singularmente «en unos organismos sanitarios como los actuales, montados en la generalidad de los casos (...), sobre los esquemas de Seguridad Social, son dichos entes (Administraciones Públicas y entes instrumentales) los responsables en supuestos (...) de los defectos del sistema, de la instrumentación y del funcionamiento en fin, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en los referidos centros» (STS, Sala 1.ª, de 4-11-1992, R.A. 9199).

Con más precisión puede afirmarse que «la responsabilidad del titular del centro hospitalario deriva del actuar y omitir culposos, con culpa profesional, de más rigurosa exigibilidad, de sus facultativos al realizar una intervención médica de alto riesgo sin que ello fuera necesario e ineludible (...) y sin advertir previamente al paciente de los riesgos de la misma» (STS, Sala 1.ª, de 18-2-1997, R.A. 1240).

No son, sin embargo, idénticos los regímenes de responsabilidad cuando la actuación médica o paramédica dañosa surge en el ámbito de la sanidad pública que en instituciones privadas, pudiéndose distinguir:

A) La prestación de asistencia sanitaria por entidades públicas.

En estos supuestos se utiliza una doble fundamentación para imputar la responsabilidad a la Administración y al ente público:

Primera. «Cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (...), realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, (...), sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (de 1957), según el cual cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración» (STS, Sala 1.ª, de 18-2-1997, R.A. 1240).

Segunda. «Las entidades titulares o gestoras de los establecimientos públicos, responde (...) de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados y dependientes, con fundamento en el artículo 1.903.4 del Código Civil» (STS, Sala 1.ª, de 5-5-1988, R.A. 4016).

«Precepto del que se extraen consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base a una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1.101 y 1.106 del mismo Código, sino también de forma directa, cuando se advierten deficiencias imputables a la asistencia masificada que dispensan con imposibilidad de ejercer un absoluto y preciso control de la actuación profesional y administrativa del personal que presta sus servicios en los mismos, haciéndose preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino también sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad, sin olvidar el soporte de la *aequitas*, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo» (STS, Sala 1.ª, de 27-1-1997, R.A. 21).

B) La prestación de la asistencia médica por sujetos y entidades privadas.

En este caso la responsabilidad se basa tanto en el artículo 1.104 como en los artículos 1.902 y 1.903.IV del Código Civil, aludiéndose a «la compatibilidad» de aquellas normas y «a la dificultad de distinguir la responsabilidad emanada de dichas fuentes de obligación, aunque es evidente que la operación quirúrgica es objeto de un contrato de arrendamiento de servicios» (STS, Sala 1.ª, de 2-2-1993, R.A. 793).

Esto es «naciendo la responsabilidad del cirujano jefe de la operación por dañar el nervio crucial durante la misma, extremo que en modo alguno puede considerarse imprevisible o inevitable, teniendo que calificarse, por el contrario, de negligente, bien se manipulasen los separadores por el propio cirujano, ya por sus ayudantes, de cuya actuación ha de responder por culpa *in eligendo* o *in vigilando*» (STS, Sala 1.ª, de 25-7-1996, R.A. 5898).

La responsabilidad de la institución sanatorial puede además surgir por «la omisión negligente de no proporcionarse el medio adecuado -personal especializado sustituto del titular- (...), la ausencia de personal sustituto del titular para tal caso de emergencia ha de ser imputable a la Institución» (STS, Sala 1.ª, de 6-3-1995, R.A. 1782).

C) La aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

La jurisprudencia aplica esta norma a la prestación de servicios médicos por entidades públicas pero es trasladable a la actividad prestacional de servicios médicos en el ámbito privado.

Así se ha dicho que «el usuario del servicio está protegido por la Ley 26/1984, de 19 de julio, también respecto a prestaciones que deben dispensar los organismos públicos» (STS, Sala 1.ª, de 27-1-1997, R.A. 21).

El «INSALUD como responsable de aquel centro tiene responsabilidad directa de aquel hecho, por el artículo 1.903, párrafo 4.º, del Código Civil y responsabilidad objetiva no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios» (STS, Sala 1.ª, de 18-7-1997, R.A. 5522).

Pues como señala la sentencia últimamente citada, «son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (art. 25 y ss.)», (en el mismo sentido la STS, Sala 1.ª, de 1-7-1997, R.A. 5471).

3. El «daño moral».

En el ámbito de esta responsabilidad el daño moral tiene una gran importancia. Así en el caso en que fracasa la prueba de la «amniocentesis», no se comunica en tiempo para la realización de otras a la paciente, y se produce un nacimiento *wrongful life* (el niño nace con taras, pero la única alternativa posible era que no hubiera nacido), en tal caso «surge un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece el Síndrome de Dow (Mongolismo); lo que se hubiera podido evitar dada la disposición de la madre a interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los parámetros normales» (STS, Sala 1.ª, de 6-6-1997, R.A. 4610, que insiste en que el daño «no es patrimonial»).

El deber de atención sanitaria a pacientes en estado crítico, se trata singularmente por la jurisprudencia. Efectivamente, según la STS de 6-7-1990 (R.A. 5780), «a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común

más humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal o de tipo civil, pues comporta una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro, tipificado como delito».

Continuando la sentencia, «deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social y la repulsa del ente social a toda conducta omisiva o de rechazo de la asistencia médica y hospitalaria, cuando cuenta con tales servicios médicos, pues revelan las convicciones y creencias de la comunidad y su expresa voluntad de elevar ese deber-derecho (según el lado del que se mire) a la categoría de norma jurídica, plasmada en el artículo 43 de la Constitución (...) cuyo respeto obliga a entender que su conculcación produce al menos un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el tipo del 1.902 del Código Civil».

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE ACTOS DELICTIVOS COMETIDOS POR SUS TRABAJADORES

1. Consideraciones en torno a su regulación jurídico positiva.

La mayoría de los empresarios son personas jurídicas, especialmente sociedades mercantiles capitalistas, careciendo de capacidad delictiva (art. 31 del Código Penal), al mantenerse nuestro ordenamiento fiel al principio *societas delinquere non potest* (la clausura, temporal o definitiva de la empresa o sus locales, la disolución de la sociedad, asociación o fundación, así como la suspensión de las actividades de aquéllas, son «consecuencias accesorias» de la pena impuesta, art. 129 del Código Penal).

Sin embargo, el nuevo Código Penal no ha mantenido la misma fidelidad al principio de intervención mínima (no obstante, las manifestaciones contenidas en su exposición de motivos), siendo notable la «criminalización» que ha supuesto de la vida económica.

Lo expuesto en los anteriores párrafos justifica sobradamente el interés que tiene el tema de la responsabilidad civil que se imputa al empresario por los daños derivados de la conducta criminal de sus trabajadores.

En el ámbito del Derecho administrativo sancionador la capacidad infractora de las personas jurídicas se mantiene por más que se trate del ejercicio por el Estado del mismo *ius puniendi* que en el ámbito penal (algo parece que está cambiando al tenor de la propia doctrina constitucional, SSTC 219/1988, de 22 de noviembre, y 76/1990, de 26 de abril, así como de las SSTS, Sala 3.^a, de 25-1-1983, 13-3-1984, 11-12-1986, 2-7-1990, 16-10-1991, 18-3-1992 y 12-5-1992).

Aquella capacidad infractora, artículo 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el contenido del punto 2 del precitado artículo 130, excusan de cualquier tratamiento singularizado de la responsabilidad civil del empresario por infracciones administrativas cometidas por sus trabajadores.

La responsabilidad civil del empresario por los daños derivados de los delitos y faltas cometidos por sus trabajadores se regula en los artículos 120 (general) y 121 (responsabilidad de las Administraciones y demás entes públicos) del Código Penal (1995). «La sentencia condenatoria que recaiga en el juicio penal, en la que (...) condena también al acusado y a los responsables civiles (...) impide que pueda volver a promoverse un juicio posterior civil sobre los mismos hechos» (STS, Sala 1.ª, de 12-7-1993, R.A. 6007).

Nos limitamos a la consideración del artículo 120 cuyas diferencias son notables con el artículo 121 del Código Penal (*vid.* STS, Sala 2.ª, de 11-1-1997, R.A. 1128). Se justifica la limitación porque «lo verdaderamente trascendente (...) es la relación que existe entre el autor de la infracción y la Administración, siempre que sea semejante a la que se da entre el resto de las personas físicas o jurídicas, en función de sus propios contenidos y no de las denominaciones formales en que se amparen cubriendo las situaciones más diversas y complejas con tal que se produzca una relación de dependencia, SSTS, Sala 2.ª, de 4-5-1994, R.A. 3655 y 25-6-1997, R.A. 5834).

Establece el artículo 120: «Son también responsables civilmente, en defecto de quien lo sea penalmente:

- 1.º Los padres...
- 2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos...
- 3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de quienes los dirijan o administren o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.
- 4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.
- 5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

La redacción del artículo 120 mantiene el carácter subsidiario de la responsabilidad, al igual que el artículo 22 del Código Penal derogado, pero frente a la sucinta redacción de aquél resulta mucho más preciso.

2. La relación de dependencia.

Es de recordar que según la jurisprudencia (SSTS, Sala 2.^a, 2-3-1972, R.A. 10228; 30-3-1983, R.A. 2219; 29-6-1987, R.A. 5018; 16-6-1991, R.A. 1884; 29-10-1994, R.A. 8330; 12-4-1995, R.A. 3379; 23-4-1996, R.A. 2922 y 4-3-1997, R.A. 1826), aplicando el artículo 22 del Código Penal (derogado), eran requisitos precisos de aquella responsabilidad:

- «a) Que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial o esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuente con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.
- b) Que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación.»

Se efectúa una interpretación amplia de la relación de dependencia, «de forma cada vez más abierta y flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes reparaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales, siendo posible al respecto declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en que tal norma se expresa, sí responden al mismo espíritu en el que aparece inspirada, que no es otro que permitir la condena de una empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, objeto o asunto, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad y objeto, aun no extralimitándose comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse» (STS, Sala 2.^a, de 29-10-1994, R.A. 8330).

La misma sentencia imputa la responsabilidad al empresario «pese a no poder hablarse de una relación jurídico laboral entre ambos», pues «es lo cierto que el acusado venía prestando servicios en el ámbito de las actividades de aquella entidad (...) de modo que el trabajo de (...) aun prestado de forma autónoma, se inscribía objetivamente en el marco empresarial de (...) y contribuía en alguna medida al resultado final de la actividad de la misma. La empresa, por su parte, observó una actitud de anuencia respecto de las actividades del acusado, sin la que éste no hubiera podido desarrollarlas; viniendo así a satisfacer una necesidad objetivamente existente en la estación y sus servicios a los usuarios de la misma "en interés de la entidad"».

«La relación de dependencia o servicio que vertebra la aplicación (...) puede ser laboral o no, siendo indiferente que sea gratuita o remunerada, permanente o transitoria (...) tampoco es exigible que la actividad concreta del inculpa penal redunde en beneficio del responsable

civil subsidiario (...) basta con la existencia de una cierta dependencia, de modo que la actuación del primero esté potencialmente sometida a una cierta intervención del segundo» (STS, Sala 2.ª, de 16-9-1992, La Ley 7-12-1992).

Ha de tenerse en cuenta que «el hecho de que la víctima tuviera también el mismo tipo de relación con la referida empresa no excluye la responsabilidad pues ello no le priva del carácter de perjudicado por la acción delictiva» (SSTS, Sala 2.ª, de 16-5 y 11-9-1992, RR. AA. 4324 y 7120; 17-7-1995, R.A. 5606 y 23-4-1996, R.A. 2922).

3. El carácter civil y subsidiario de la responsabilidad empresarial por la conducta criminal de sus trabajadores.

Los términos de la responsabilidad civil subsidiaria dimanantes de delito o falta, quedan definidos en la STS, Sala 2.ª, 28-2-1995, (R.A. 1430), que dice «si el responsable civil primario, que sí lo es como consecuencia de su responsabilidad penal personal, fuera insolvente es entonces cuando habría de cubrir subsidiariamente (el empresario) con su patrimonio social el todo o parte no satisfecho a los perjudicados y, como quiera que se trataría de responsabilidad estrictamente civil».

«Pues dicho precepto (art. 22 del Código Penal, derogado), aunque incorporado al Código Penal, tiene naturaleza estrictamente civil, lo que permite una aplicación extensiva que en materia criminal no sería posible por exigencias del principio de legalidad» (SSTS, Sala 2.ª, de 15-11-1989, R.A. 8638; 16-9-1992, R.A. 7159; 13-10 y 22-11-1993, RR.AA. 7377 y 8654; 29-10-1994, R.A. 8330).

Ese criterio de interpretación extensiva (SSTS, Sala 2.ª, de 14-1-1984, R.A. 34; 18-6 y 31-10-1985, RR.AA. 3022 y 5079; 18-3 y 16-6-1986, RR.AA. 1651 y 7929; 29-6 y 10-7-1987, RR.AA. 5018 y 5312; 4-3 y 30-5-1988, RR.AA. 1561 y 4105, etc.) «no ha llegado a consagrar una radical objetivación o *in re ipsa* de dicha responsabilidad» (STS, Sala 2.ª, de 2-7-1990, R.A. 5766).

4. La objetivación de la responsabilidad civil del empresario, derivada de los daños causados por los delitos y faltas de sus trabajadores.

La jurisprudencia, «claramente aperturista y protectora de la víctima», objetiva la responsabilidad empresarial (responsabilidad quasi-objetiva) entendiendo que «incluso aunque el empleado se hubiese extralimitado en sus funciones específicas, la empresa bajo cuya dependencia o al servicio de la cual actúa debe responder de los daños ocasionados a terceros» (STS, Sala 2.ª, de 24-1-1991, R.A. 9577).

Lo decisivo es que el trabajador no actúe al margen de su cometido, esto es, que la «actividad desarrollada por el autor del delito se halle inscrita dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas y en el seno de las de la actividad o tarea confiadas al infractor, perteneciendo

a su esfera o ámbito de actuación» (STS, Sala 2.^a, de 2-7-1990, R.A. 5766), careciendo de importancia que se «extralimite» (SSTS, Sala 2.^a, de 22-11-1993, R.A. 8654; 26-3-1997, R.A. 2512), las «extralimitaciones temporales o variaciones de ejecución del servicio encomendado» (STS, Sala 2.^a, de 2-7-1990, R.A. 5766), incluso la comisión del delito por un «guardia (que) padece una enfermedad (psicosis paranoide delirante en fase crítica), bajo la dependencia de la sociedad (determina que ésta) ha de ser condenada como responsable civil subsidiaria» (STS, Sala 2.^a, de 12-4-1995, R.A. 3379).

Es más porque «precisamente es ese dato el que provoca o nos pone de manifiesto la idea o concepto de lo "subsidiario", pues de no haber exceso en el cumplimiento de la función propia de la entidad (...), nos encontraríamos, cuando menos con su responsabilidad civil "directa"» (STS, Sala 2.^a, de 22-11-1993, R.A. 8654).

No obstante, «si el agente se extralimitó notoriamente (...) o ejecutó los actos que determinaron el hecho criminal con total independencia de los cometidos que tenía asignados y debía desempeñar no es posible extender la citada responsabilidad a la persona de quien el culpable laboralmente dependa» (STS, Sala 2.^a, de 2-7-1990, R.A. 5766), lo mismo si los hechos criminales suceden «después de haber concluido con su trabajo normal (...) ni en el espacio físico que debía vigilar» (SSTS, 30-10-1989, R.A. 8491; 26-3-1997, R.A. 2512).

Ése es el «caballo de batalla» de esta responsabilidad subsidiaria, «determinar cuándo se estima que la actividad del infractor, aun siendo anormal o con extralimitaciones, se encuentra o no dentro del ámbito de ejercicio del cometido o de la actividad que le está encomendada» (STS, Sala 2.^a, de 26-3-1997, R.A. 2513).

«La responsabilidad civil subsidiaria, basada, no ya en la culpa *in eligendo*, *in vigilando* o *in educando*, sino en el principio de "creación del riesgo", se genera cuando el responsable criminal actúa con la "anuencia" del presunto responsable civil subsidiario, entendida esta anuencia en sentido general como "al servicio de" o "bajo la dependencia de"» (SSTS, Sala 2.^a, 29-4-1985, R.A. 2144; 4-9, 4-10, 8 y 18-11-1991, RR. AA. 6021, 2998, 7989 y 9448; 12-3-1992, R.A. 2422).

Cuando se trata del supuesto enumerado como 3.º en el artículo 120, basta que el delito se hubiera cometido en «un determinado lugar, un establecimiento dirigido por la persona o empresa contra la cual se va a declarar la responsabilidad» y la comisión por cualquiera de sus trabajadores (asalariados o no) de la infracción reglamentaria, «debiendo entenderse esta expresión (...) con criterio de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior. A los efectos de esta clase de responsabilidad, no es necesario precisar qué persona física fue la infractora de este deber legal o reglamentario. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar a la empresa o a cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba no sea posible su concreción individual» (STS, Sala 2.^a, de 3-7-1997, R.A. 5584).