

su regulación puede conducir a una apreciación distorsionada de su régimen jurídico y a una escasamente fiable valoración de las posibilidades de actuación implícitas en el sistema. En el tema de la extinción del contrato de trabajo se hace preciso conectar el conjunto de los mecanismos existentes, apreciando las implicaciones sistemáticas que presentan entre sí y su ponderación, no sólo con las experiencias que presentan los modelos comparados sino con los resultados obtenidos por los mismos. A partir de ahí será posible conocer de forma más exacta cual es el grado de flexibilidad existente en nuestro sistema y que nivel de eficacia se pretende obtener cuando ésta aparece necesariamente implicada en un programa eficaz de reforma del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva no debe olvidarse que el concepto de eficacia pasa necesariamente por una ponderación de intereses ajena por supuesto a una mera abdicación de los niveles de protección obtenidos. Y menos aún si las opciones son múltiples y los éxitos tampoco se garantizan.

## RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EMPRESARIO POR ACTOS DE SUS EMPLEADOS

Por CARMEN MORENO DE TORO \*

**SUMARIO:** I. Planteamiento.—II. Aproximación al concepto de responsabilidad civil.—III. El artículo 1.903 del Código Civil: 1. *Su fundamento y supuestos contemplados en el mismo.*—2. *El párrafo 4º del artículo 1.903 del Código Civil. Criterios jurisprudenciales:* 2.1. Requisitos: a) Relación de dependencia o subordinación. b) Acto dañoso generado en la actividad o servicio encomendado. c). Culpa «in operando» del dependiente.—2.2. Fundamento.—2.3. Carácter de la responsabilidad.—2.4. Teoría del riesgo.—2.5. Derecho de repetición.

### I. PLANTEAMIENTO

La cuestión que se va a abordar en este estudio es una de las de mayor trascendencia en el campo jurídico. Hay que partir al analizar el tema enunciado de la importancia que la responsabilidad de las partes tiene en toda relación jurídica y, en consecuencia, en la relación laboral.

Ello hace que el estudio se realice partiendo de las premisas establecidas en el Derecho Civil y de los criterios asentados, en conexión con el tema, por la doctrina civilista.

De esta manera, será necesario un previo análisis del concepto de responsabilidad como elemento fundamental de la obligación, ya haya nacido ésta de un acuerdo contractual o no haya habido acuerdo alguno, en cuyo caso la ilicitud se fundamenta en la propia ilicitud de la acción o de la omisión.

La responsabilidad, en el ámbito del Derecho Privado, constituye la obligación de rendir cuentas por el autor de un hecho que ha causado daño a otro, de forma que dicha lesión va a exigir una reparación.

El problema radica en determinar a quién corresponde efectuar esa reparación. Hay ocasiones en que alguien ajeno a la acción va a responder de estos actos dañosos de una persona y es aquí donde se centra el tema de estudio. Así la responsabilidad va a alcanzar no ya a la derivada de actos propios, sino también a la derivada de actos ajenos que causen daño.

Si esta cuestión es llevada al terreno laboral, nos encontramos con la responsabilidad del empresario por actos de sus empleados. ¿Hasta dónde alcanza esta responsabilidad? ¿Cuándo se va a responder? ¿Cuándo el empresario no está obligado a responder de los mismos?

\* Profesora Titular de Escuela Universitaria de la Universidad de Córdoba.

Este es el tema de investigación del presente artículo. Y este examen se debe a la importancia creciente que están adquiriendo para el empresario, como fuente de su responsabilidad, los actos de los trabajadores a su cargo de los que deriven daños a terceros. Y ello tiene importancia porque la responsabilidad se traduce en términos económicos, de tal manera que quien asume la responsabilidad asume las consecuencias económicas derivadas de la misma.

¿A qué conduce el establecimiento de esta responsabilidad? ¿Cuál es su finalidad? La respuesta está en la mejor defensa del cliente que se acerca al empresario requiriendo sus servicios. Este cliente va a gozar de una mayor protección en el supuesto de daños que pueda sufrir derivados de sus relaciones con el mismo, de tal manera que el empresario responde frente al cliente lesionado tanto en el caso de que la lesión la haya causado él mismo como en el caso de que la haya ocasionado uno de sus dependientes. Y además no sólo se protege al cliente, sino al tercero que no mantiene relación alguna con la empresa.

Asimismo, es necesario analizar el fundamento de esta responsabilidad. ¿Por qué responde el empresario en estos casos? ¿Por qué se convierte en deudor de las consecuencias derivadas de actos dañosos de otros? Trataremos de examinar las diversas razones que se han apuntado como fundamento de la misma, así como la evolución sufrida en las posiciones mantenidas por la Doctrina y la Jurisprudencia.

Pero además, no basta afirmar la responsabilidad del empresario en estos casos, sino ver si el mismo dispone de algún mecanismo para resarcirse al responder por actos de un tercero, aunque sea su empleado.

En nuestro Derecho aparece regulada esta materia en los artículos 1902 y ss. del C. Civil. El primero, establece una cláusula general sobre la responsabilidad civil y los siguientes, supuestos especiales de esta responsabilidad en los que se atribuye la misma a una persona distinta del causante directo.

Así pues, el artículo 1902 del C. Civil establece como principio general que: «el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Este principio general es completado no sólo por los artículos citados, sino también por otros del mismo cuerpo legal así como por los preceptos del C. Penal referentes a esta materia: arts. 19 a 22 y arts. 101 a 111. Pero es que también esta materia aparece completada por leyes especiales: Ley de uso y circulación de vehículos de motor, Ley de Navegación Aérea, Ley de Energía Nuclear... Es decir, nos aparece un variado mosaico legal que lo que pone de manifiesto es la insuficiencia de la regulación en el Código Civil de esta materia.

## II. APROXIMACION AL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil surge de la producción de un daño ilícito por una persona a otra a la que no está unida por relación jurídica alguna. Concurrerán así dos notas esenciales: por un lado una conducta ilícita, y por otro, la ausencia de relación jurídica. En primer lugar, ha de tratarse de una conducta ilícita no

sancionada por la ley penal, pues si así fuera, no hablaríamos de responsabilidad civil sino de responsabilidad penal. Mas, ¿cuándo una conducta ilícita es tipificada legalmente como delito o falta? El criterio al que se atiende fundamentalmente, es al de la gravedad del hecho y de sus consecuencias. Hay, por tanto, conductas que generan la imposición de una pena, mientras que otras dan lugar sólo a la obligación civil de indemnizar el daño causado.

Y, en segundo lugar, ha de producirse el daño en la realización de un acto que no venga exigido por un contrato previo, por una relación jurídica previa, pues, en tal caso, hablaríamos de responsabilidad contractual, no civil o extracontractual.

La delimitación de las notas distintivas entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido objeto de estudio por la Doctrina (1) y la Jurisprudencia; así, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de enero de 1984 (Ar. 386), señala: «...la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, salvo el deber genérico, común a todos los hombres, del «alterum non laedere»; la segunda presupone una relación preexistente -generalmente un contrato y de ahí su calificativo de contractual- entre el responsable y la víctima del daño; es preciso recalcar..., que la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase, como la comunidad de bienes o una relación de Derecho Público similar a un contrato de Derecho Privado, siendo de tener en cuenta que..., aunque no haya obligación derivada de un contrato, sí hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 del C. Civil...». También define ambos tipos de responsabilidad la S.T.S. de 9 de julio de 1984 (Ar.3802) al señalar que: «la extracontractual representa un daño causado con independencia de cualquier relación entre las partes, la contractual presupone una relación preexistente entre el autor del daño y el que lo ha sufrido». Y además, apunta las diferencias entre ellas afirmando que «el ámbito de aplicación de ambas clases de culpa es completamente distinto y del todo independiente»; «el deber de indemnizar por infracción del contrato se desenvuelve dentro de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva de acto ilícito extracontractual, la relación obligatoria surge, por primera vez, al producirse el daño. Y surge como consecuencia de las normas impuestas por la convivencia y de la aplicación del principio «alterum non laedere», por lo que dicho nexo no constituye un «prius» sino un «posterius» (2).

(1) Ver JORDANO FRAGA, F. *La responsabilidad contractual*. Ed. Civitas, Madrid. 1987, págs. 29 y ss..

(2) En la misma línea se pronuncia la sentencia de 19 de junio de 1984 (Ar. 3250) al decir que: «la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquella presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica antecedente entre las partes, fuera del deber genérico y común de todos los hombres del «alterum non laedere», mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato, pero que puede ser otro tipo de relación». Y además, esta sentencia enumera

De esta manera, se configurará como responsabilidad contractual si el acto dañoso del que deriva la misma consiste en el incumplimiento de un pacto, y extracontractual cuando deriva de actos dañosos producidos en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica entre el causante del daño y el que lo sufre.

Sin embargo, han surgido manifestaciones contrarias a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, señalando que tal distinción está basada, exclusivamente, en condicionamientos históricos y que, en realidad, ambas responsabilidades son complementarias la una de la otra (3). La jurisprudencia del T. Supremo también se hace eco de esta apreciación; así, la sentencia de 20 de junio de 1989 (Ar. 4702) resalta este carácter complementario al decir: «La parca regulación de nuestro Código en materia de responsabilidad extracontractual obliga -tal como ha puntualizado la mejor doctrina- a integrar lagunas a través de la aplicación por analogía de preceptos relativos a las obligaciones en general, pues aun existiendo, como es sabido, indiscutibles y claras diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden negarse tampoco las grandes semejanzas que posibilitan esa aplicación analógica, que ciertamente evitará resultados contrarios a la equidad» (4).

Por tanto, nos encontramos con dos tipos de responsabilidad que se complementan mutuamente. Ahora bien, hablaremos de responsabilidad contractual cuando se produzca una infracción clara de las obligaciones derivadas del contrato, mientras que estaremos ante la extracontractual cuando no haya infracción clara del contrato o el daño se produzca con independencia de relación contractual alguna.

Excluida la vigencia de cualquier relación contractual, entra en juego, en caso de causación de daño a una persona, el contenido del art. 1902, cuyo análisis nos va a servir como primer escalón para el posterior del 1903 que contempla la responsabilidad por actos ajenos y en uno de sus apartados la del empresario por actos de sus empleados.

Como hemos mencionado, el concepto legal de responsabilidad civil aparece contenido en el artículo 1902 del Código Civil que sirve de punto de partida para los distintos supuestos de responsabilidad civil regulados en los artículos siguientes.

Este artículo sienta el principio general de que toda persona es responsable por los daños causados por sus propios actos, aunque los cause por culpa o negligencia. Lo que llama la atención inmediatamente después de una primera

las notas en que radican las diferencias entre una y otra responsabilidad: «en su distinto origen; en la capacidad del sujeto responsable; en el grado de culpa; en el contenido del deber de indemnizar; en las cláusulas de regulación; en el diferente plazo prescriptivo; en la competencia; en la pluralidad de deudores y el carácter de solidaridad que es propio de las nacidas fuera de contrato, etc.».

(3) JORDANO FRAGA, F. Op. cit. Págs. 30 y ss.

(4) En el mismo sentido, la sentencia citada de 19 de junio de 1984.

lectura, es la exigencia de que concurra la culpa o negligencia en la producción del acto. Es decir, se confirma la vigencia del sistema subjetivista imperante en nuestro derecho de Daños y que fue recogido por nuestros legisladores del siglo XIX.

Pero, ¿efectivamente impera este sistema? Hemos de decir que no, y ello lo examinaremos a lo largo de estas páginas. Se configura más bien el art. 1902 como una cláusula general que sirve de punto de partida para una posterior elaboración del derecho de Daños realizada verdaderamente por la jurisprudencia y los autores en virtud de la facultad de interpretar las normas conforme a la realidad vigente en el momento.

### III. EL ARTICULO 1903 DEL CODIGO CIVIL

#### 1. Su fundamento y supuestos contemplados en el mismo

El Derecho Moderno sienta como principio general, como ya hemos mencionado, la responsabilidad por todo hecho ilícito, doloso o culposo, que cause daño a otra persona. Y ello aparece formulado en el art. 1902 del C.c. Ahora bien, en esta materia se va más allá y se afirma la responsabilidad no sólo por los daños causados a otros por actos propios, sino también se extiende a la derivada de los causados por personas que de alguna manera están ligadas a otra, de tal forma que la Ley presume que si se produjeron los mismos fue debido a una negligencia de esta última. Y aún más, tan sólo se admite la cesación de esta responsabilidad si aquél sobre el que ésta recae llega a probar que empleó toda la diligencia posible, la del «buen padre de familia», para evitar el daño. A la misma se refiere el art. 1903 de nuestro Código sustantivo.

¿Qué supuestos de responsabilidad son los recogidos en este art. 1903? Los siguientes:

- El de los padres respecto a los actos dañosos de los hijos que estén bajo su guarda.
- El de los tutores respecto a los actos dañosos causados por los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y guarda.
- El de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior respecto a los daños causados por los menores de edad durante el tiempo en que se hallen bajo su vigilancia. (Según la reforma llevada a cabo por la ley de 7 de enero de 1991.)
- El de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones (5).

(5) Este último supuesto es el que centra nuestra atención. Con anterioridad a la reforma mencionada, se incluía también en este precepto la responsabilidad del Estado cuando obraba por mediación de un agente especial causante de daños en su actos. La nueva

La responsabilidad de las personas mencionadas se fundamenta en la culpa, ya «in eligendo», ya «in vigilando», siendo esta responsabilidad más rigurosa que la contemplada en el art. 1902 al establecer una presunción de culpa, como hemos referido anteriormente, con la finalidad de proteger a las víctimas de los daños. Esta presunción de culpa da lugar a la inversión de la carga de la prueba, de suerte que será el presunto culpable o negligente el que deberá demostrar que actuó con toda la diligencia necesaria. (Art. 1903, párrafo último.)

Se inicia así una evolución que más adelante analizaremos, en el fundamento de esta responsabilidad, alcanzándose la objetivación de la misma, de manera que para afirmar su existencia bastará la producción del simple daño, sin acudir al concepto de culpa, o en todo caso, exigiendo una prueba de diligencia tan vigorosa que sea difícil aportarla, alcanzándose la misma conclusión (6).

ley la ha excluido de este precepto al considerar que dicha responsabilidad está actualmente suficientemente regulada por otras leyes; efectivamente, la responsabilidad del Estado, de las Corporaciones o Entidades Públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos es exigible en virtud del art. 121 de la ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, del art. 106 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 y del art. 54 de la ley de Bases de la Administración Local de 2 de abril de 1985.

- (6) El establecimiento de esta responsabilidad por hecho ajeno no es exclusiva del Derecho español. En efecto, el C. Civil italiano reconoce una responsabilidad por hecho ilícito ajeno y preceptúa que toda persona resulta obligada, no solamente por el daño que produce por hechos propios, sino también por el causado por personas de las que debe responder o por cosas que tiene bajo su custodia. Los artículos 1153 y siguientes establecen esta «responsabilidad indirecta» e indican sus casos específicos, paralelos a los establecidos en el Derecho español.

¿Tienen tales supuestos el mismo fundamento que en nuestro Derecho? Evidentemente, sí. RUGGIERO (*Instituciones de Derecho Civil*, Ed. Reus, 1977. Pág. 553 y ss.) señala como tal la culpa. Hay culpa, afirma, en la persona de quien el hijo, pupilo o alumno depende o a cuya potestad se halla sometido, por no haber vigilado o hecho lo posible para prevenir o impedir el daño («culpa in vigilando»); hay culpa también en el comitente o dueño por no haber elegido acertadamente al comisionista o doméstico («culpa in eligendo»). Ahora bien, tratándose de los demás supuestos, es decir, de los daños causados por animales o por un edificio mal construido, considera que la responsabilidad deriva del hecho de ser propietario o usuario de la cosa, de tal manera que se «objetiviza» la responsabilidad y se responde aun cuando pudiera probarse que se hizo todo lo necesario para evitar el daño, y ello, en aplicación del principio según el cual quien obtiene las ventajas de una cosa debe sufrir los riesgos: «qui sentit commodum sentire debet et incommodum».

Pero, aun dentro del primer grupo mencionado, RUGGIERO establece una diferencia que es extrapolable a nuestro Derecho. Pues mientras en orden a los padres, tutores, preceptores y artesanos cabe la exclusión de responsabilidad cuando prueban que emplearon toda la diligencia posible para evitar el daño, no ocurre así cuando se trata de dueños y comitentes, para los que tal prueba liberatoria es rechazada y se sienta una presunción absoluta de culpa fundamentada en la «mala electio».

## 2. El párrafo 4º del artículo 1903 del Código Civil. Criterios jurisprudenciales

El empresario responde frente a los terceros perjudicados por los actos de sus trabajadores en un doble plano:

- Como responsable civil, en virtud de lo dispuesto en el art. 1903 del C.c.
- Como responsable civil subsidiario «ex delicto», en virtud de lo dispuesto en los arts. 21 y 22 del Código Penal.

El párrafo 4º del art. 1903 del Código Civil afirma la responsabilidad del empresario por actos de sus dependientes. Este precepto guarda conexión con lo establecido en el Código Penal, en los artículos 21 y 22 (7), en cuanto que imputa al empresario la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos por sus dependientes en el ejercicio de sus funciones. Y ello porque el artículo 19 del Código Penal especifica que: «Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también civilmente». Estos preceptos afirman la responsabilidad civil del empresario y concurren en las mismas circunstancias, unas coincidentes y otras no, que serán objeto de análisis.

La fundamentación jurídica de estos preceptos legales es la misma: la culpa por defecto en la vigilancia o en la elección del sujeto causante del daño. Ahora bien, la diferencia estriba en que la norma civil permite la prueba en contrario, según lo establecido en el párrafo último del art. 1903, mientras que la norma penal no prevé prueba alguna que permita la exención de responsabilidad. En el primer caso, nos encontramos con una presunción «iuris tantum» de culpa que admite prueba en contrario; en el segundo, con una presunción de culpa «iuris et de iure» sin admisión de prueba alguna que la desvirtúe.

Hay otra diferencia esencial, y es que la responsabilidad que deriva del art. 1903 y se impone al empresario es directa, aunque con el derecho de repetición del art. 1904, mientras que la derivada del específico art. 22 es subsidiaria, de manera que el empresario sólo responderá si no lo hace el causante del daño.

### 2.1. Requisitos

¿Cuándo surge esta responsabilidad del empresario por actos de su empleado? ¿Qué requiere esta responsabilidad?

- (7) El Código Penal en el artículo 21 establece en su párrafo 1º: «Son también responsables civilmente, en defecto de los que sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas o empresas, por los delitos o faltas que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte o la de sus dependientes haya intervenido infracción de los reglamentos generales o especiales de policía que esté relacionada con el hecho punible cometido.»

El artículo 22 señala en el párrafo 1º: «La responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior será también extensiva a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio.»

Hemos de situarnos en la relación que se establece entre ambos en virtud del contrato de trabajo. Este confiere al empresario un poder de dirección en virtud del cual está facultado para dar órdenes sobre el tiempo, lugar y modo de ejecución del trabajo (8). El empleado se integra en el ámbito de organización y dirección del empresario, quedando sujeto a lo dispuesto por éste o por la persona en la que éste delegue, tal como disponen los artículos 1 y 20 del Estatuto de los Trabajadores. El trabajador asume la obligación contractual de someterse a las órdenes generales o particulares del empleador, es decir, le incumbe un deber de obediencia, dada la presunción de legitimidad de las órdenes del empresario sobre el trabajo (9), y el empresario «puede» y debe «adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales», tal como autoriza el párrafo 3º del art. 20 del E.T., lo que lleva como contrapartida el que el empleador asuma las consecuencias de los actos de sus empleados en cumplimiento de sus órdenes.

Nos referimos, por tanto, en este epígrafe a aquellos supuestos en los que la empresa responde por los daños causados por su empleado, culposamente, a personas extrañas a la actividad realizada, es decir, a terceros.

¿Cuáles son los requisitos para afirmar esta responsabilidad? De acuerdo con la jurisprudencia analizada, los siguientes:

- a) Relación de dependencia o subordinación.
- b) Acto dañoso generado en la actividad o servicio encomendados.
- c) Culpa «in operando» del dependiente, es decir, que concurran los requisitos establecidos en el art. 1902 del C.c.

#### a) Relación de dependencia o subordinación

En base al contrato de trabajo, se establece una «relación de dependencia» entre el empleador y el empleado que se configura como requisito esencial para afirmar la responsabilidad que es objeto de estudio.

La Sala Iª del Tribunal Supremo fundamenta la responsabilidad del empresario del art. 1903 en razón de los deberes impuestos por las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otra.

(8) M. ALONSO OLEA y Mª. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, IIª ed. págs. 341 y ss.

(9) Efectivamente, existe una presunción «iuris tantum» de que las órdenes del empresario dentro del ámbito laboral, son legítimas. El prof. F. DURAN LOPEZ, en sus *Lecciones de Derecho del Trabajo*, T.I, advierte como hasta tiempos recientes regía el principio «solve et repete», de manera que el trabajador debía cumplir la orden y sólo posteriormente podía reclamar si era injusta o inadecuada. En la actualidad, la Jurisprudencia ha adoptado una postura más avanzada al admitir la desobediencia del trabajador cuando la orden del empresario queda fuera del ejercicio regular de sus facultades directivas. (STS. 20-3-90 (Ar. 2182); 15-3-91 (Ar. 1859)).

Y están bajo su dependencia los que trabajan para él. Y aún va más allá, al afirmar como fundamento no tanto valoraciones sobre culpabilidad electiva o de vigilancia sino el principio de Derecho Natural de que quien obtiene beneficio de un servicio, obra o trabajo que se le presta por otro, debe soportar también sus posibles efectos dañosos. Así se manifiesta en las sentencias de 26 de junio y 18 de octubre de 1984 (Ar. 3265 y 4858).

Y considera en la sentencia de 3 de abril del mismo año (Ar.1924) que la aplicación de tal normativa exige como *presupuesto indispensable* «una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada», tal como se pronunciaron también las sentencias de 2 de noviembre de 1983 (Ar. 5950) y 4 de enero de 1982 (Ar.178).

El Tribunal Supremo afirma, en la sentencia de 30 de julio de 1991 (Ar. 5435), «la responsabilidad de las entidades patronales, una vez que consta la causación material de los daños por los *dependientes o subordinados de tales entidades*».

La falta de relación de dependencia fundamenta la sentencia absolutoria en el asunto litigioso analizado en la S.T.S. de 30 de octubre de 1991 (Ar. 7246) (10). La misma aprecia «la prestación del servicio encomendado, que aparece prestado con autonomía, pero no en una situación de relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la referida entidad, cual se requiere para la aplicación de la responsabilidad pretendida..., puesto que la responsabilidad tipificada en el párrafo 4º del art. 1903 del C. c. requiere como *presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia*».

En la S.T.S. de 21 de abril de 1992 (Ar. 3315), en vía de defensa, se alega la falta de prueba sobre la dependencia entre el causante material del daño y la empresa, para sostener que a ésta no le alcanza responsabilidad alguna.

La relación de dependencia ha de darse en todo caso. Mas, ¿cuáles son los límites de esta dependencia? Hay que señalar que este concepto se configura cada vez con mayor amplitud, y por tanto, lo que importa es que sea real, independientemente de que sea más o menos intensa. De manera que la jurisprudencia entiende la dependencia de una manera progresiva abarcando en la misma la mera liberalidad del «dominus», la amistad, la aquiescencia, el beneplácito o la autorización de éste.

Este requisito, así como el siguiente, aparecen perfectamente delimitados por la jurisprudencia penal, siendo los criterios de ésta de aplicación al ámbito civil. Y así, resulta especialmente aclaratoria la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 18 de octubre de 1984 (Ar. 4858), que resalta como dato esencial para

(10) R.E.N.F.E. había contratado un servicio de transporte para el traslado de viajeros de una estación a otra, produciéndose un accidente de circulación con una víctima. En la sentencia se declara la responsabilidad de la empresa de transporte por las consecuencias del acto culpable del conductor empleado de la misma, pero no se condena a R.E.N.F.E.

afirmar la responsabilidad el que se actúe en provecho del principal, con aquiescencia o autorización del mismo, con su nombre y por su orden aunque no por su cuenta.

La misma Sala excluye la responsabilidad del titular de una empresa de proyecciones cinematográficas por los actos del vigilante del local que tenía arrendado y con el que no le unía relación contractual alguna, en la sentencia de 26 de noviembre de 1984 (Ar. 5992), y por tanto, no había relación de dependencia. Mantiene, por el contrario, el pronunciamiento condenatorio para el que contrató los servicios del vigilante por la responsabilidad civil derivada de los actos de éste, considerando que se ha de afirmar la responsabilidad de aquél, que era dueño del local, siempre que los actos del empleado, aunque supongan un ejercicio anormal, tengan como meta la prestación del servicio encomendado. En este caso la responsabilidad derivaba de un delito de homicidio cometido durante la tarea de vigilancia por el contratado.

#### *b) Acto dañoso generado en la actividad o servicio encomendados*

El Código Civil habla en este punto de «los perjuicios causados por los dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones». El acto dañoso ha de estar producido en las tareas encomendadas al trabajador. En consonancia con lo exigido por este párrafo, el Tribunal Supremo fundamenta la responsabilidad de la empresa por actos de los dependientes en «el haber procedido los empleados de la sociedad recurrente en virtud de órdenes de la misma». Así se pronuncia en la sentencia de 8 de noviembre de 1984. (Ar. 5371).

Dicha sentencia hace responsable al empleador de los perjuicios que se reclaman sean indemnizados y que fueron causados cuando los trabajadores, obedeciendo las indicaciones de aquél, procedieron a la recogida indebida de envases, propiedad de la demandante, y a su posterior rotura.

El cumplimiento de las órdenes dadas por los directivos de la empresa son también la base de la responsabilidad de ésta por los daños causados por los primeros, y ello porque como especifica la sentencia de 26 de junio de 1984 (Ar. 3265), «la compañía promotora -empresa- debe prevenir y evitar los daños que *inconscientemente* puedan causar las personas o empresas que toma a su servicio..., los cuales sólo tienen que preocuparse de ejecutar cumplida y fielmente las órdenes y planes de trabajo que le son encomendados».

El que se trate de un «servicio encomendado» sienta la base de la responsabilidad del empleador. Si se actúa dentro de estos límites la empresa asume la responsabilidad, ya que es ella la que debe prever las consecuencias de sus actuaciones a través de sus empleados.

Llama la atención que la sentencia utilice el calificativo de «inconscientemente», que parece afirmar la responsabilidad de la empresa en todo caso, incluso más allá de lo previsible.

Ahora bien, la interpretación que se realiza de este requisito, al igual que en

el caso anterior, es amplia, hasta el punto de comprender el ejercicio anormal de las tareas realizadas por el sujeto activo, con tal de que no se extravase el ámbito de su actuación. De esta forma, la S.T.S., Sala 2ª, de 18 de octubre de 1984 (Ar. 4858), antes citada, no considera que deban excluirse de esta responsabilidad las extralimitaciones en el empleo o servicio encomendado cuando se actúa en beneficio y por cuenta del principal, dentro de la esfera de las obligaciones del trabajo atribuido. Es decir, si se ha actuado en provecho del empresario, éste debe responder de los daños derivados de la actuación, e incluso, dice el Alto Tribunal, «aunque ésta resulte irregular o incida en torpeza o demasía» (11). Como hemos mencionado anteriormente, también se hace responsable al que contrató los servicios del vigilante, en cuanto que el hecho luctuoso se produjo durante la prestación del servicio encomendado.

Hay que tener presente que, a fin de proteger a la víctima del daño, se presume que éste lo causó el empleado en el ejercicio de su función, de manera que corresponderá al empresario demandado la prueba en contrario.

Pero, ¿qué ocurre en caso de desobediencia del empleado a las órdenes impartidas por el empresario? ¿Debe responder éste? En principio, como hemos expuesto, en la medida en que redunde en su beneficio, ha de responder. Pero, ¿y si no redunde en su beneficio? En tal caso cabría negar la responsabilidad del empresario. Es decir, éste responde en caso de extralimitaciones del empleado a sus órdenes si actúa en su nombre y dentro de su esfera de obligaciones; responde incluso, si con su actuación, contraria a su mandato, deriva un beneficio para él, pero *no responde cuando el empleado obre contra la prohibición expresa dada previamente y con desobediencia cierta a la misma*.

El Tribunal Supremo ha mantenido esta postura de exclusión de responsabilidad en el supuesto de contravención al mandato dado por el «dominus», y aún más, cuando la actividad efectuada por el empleado se halla fuera de toda vinculación servicial. En tal sentido se manifiesta la sentencia de 26 de enero de 1984 (Ar. 412), que afirma la responsabilidad de la empresa por los actos de su empleado realizados dentro del ámbito de la misión encomendada, aunque se tratara de un ejercicio anormal puesto que no se produjeron de un modo totalmente extraño al cometido de la empresa y en ningún momento medió prohibición expresa. Es necesario, por tanto, un acto contrario al mandato dado por el empresario y además que quede el acto fuera de la esfera de vinculación servicial. Esta doctrina fue sustentada, ya en el año 1964, por la sentencia de 28 de septiembre (Ar. 4073), que negó la responsabilidad, en este caso, del padre por daños causados por el hijo, al no haber una previa relación de dependencia, encargo o consentimiento, sin que hubiera en consecuencia, nexos previos que permitiera afirmar la responsabilidad.

La desobediencia del empleado excluye la responsabilidad de la persona de

(11) En el mismo sentido que esta sentencia se pronuncian las de 13-11-74 (Ar. 4323), 23-2-77 (Ar. 658), 15-11-78 (Ar. 3444), 31-1-79 (Ar. 281), 26-12-81 (Ar. 5224), 8-11-82 (Ar. 7087).

quien dependía, en la sentencia de 10 de octubre de 1964 (Ar. 4251), fundando esta exclusión en que el empleado actuaba «fuera del servicio encomendado y contraviniendo un mandato expreso». No respondió en este caso el empleador de los daños causados por el conductor-chófer que utilizó el vehículo para su provecho personal y desobedeciendo la orden de retirarse y dejar el automóvil en el garaje.

### c) Culpa «in operando» del dependiente

El que los patronos sean responsables de los hechos de sus dependientes no excluye la responsabilidad de éstos derivada del artículo 1902 del C. Civil, sino que aparece como premisa de la responsabilidad del art. 1903 el que se pueda y se deba declarar al empleado culpable y responsable en virtud del art. 1902. Como señala el Tribunal Supremo, para que se produzca la atribución de responsabilidad civil a la entidad-empresa «titular» del mecanismo causante del daño indemnizable ha de concurrir la del operario a cuyo cargo se encuentre su manejo. (S.T.S. 28-2-92. Ar.1404).

Se trata de culpabilidades distintas, autónomas e independientes; una, fundada en la falta de diligencia en la acción u omisión y otra, en la falta de cautela en la vigilancia o en la elección del empleado. (S.T.S. 26-6-84. Ar. 3265). Así, declara nuestro Tribunal en la sentencia de 16 de marzo de 1988 (Ar. 10214), que «de los hechos probados se deduce la culpa o negligencia de la encargada del servicio... y por tanto, resulta también la culpa *in vigilando* o *in eligendo* de la empresa de la que aquélla dependía, en aplicación de los arts. 1902 y 1903 del C. Civil». «La responsabilidad -derivada de este último- exige como presupuesto la culpa *in operando* del dependiente o empleado, pues si falta ésta ningún reproche puede hacerse al empresario por defecto de elección o vigilancia»; de esta manera se pronuncia la sentencia de 9 de julio de 1984 (Ar.3801) y es más, añade: «se niega tal presupuesto al quedar sentado que ninguna falta de previsión o diligencia podía atribuirse a la actuación del conductor de la máquina excavadora, luego es manifiesto que no puede actuar el mencionado artículo 1903, párr. 4º... Excluida la responsabilidad culposa del conductor queda excluida la responsabilidad de su empresario».

La jurisprudencia más reciente mantiene la línea marcada con anterioridad. La sentencia de 30 de julio de 1991 (Ar. 5435) aplica a la entidad demandada el artículo 1903, 4º, al considerar que en la actuación de los facultativos al servicio de la demandada no se observaron todas las precauciones precisas, originándose una lesión que pudo evitarse si se hubiera actuado con la diligencia debida, lo que conduce a la conclusión de que hubo una conducta culposa de los autores materiales del daño, suficiente para imponer la responsabilidad civil derivada de dicho precepto.

Es pues, elemento indispensable para afirmar la responsabilidad del empresario el que pueda declararse la responsabilidad del empleado en base al art. 1902 del C. Civil.

## 2.2. Fundamento

Como ya se ha venido apuntando a lo largo de estas líneas, la responsabilidad del artículo 1903 del C. Civil se fundamenta en la culpa «in vigilando e in eligendo» por infracción de un deber de cuidado reprochable al empresario en la selección del dependiente o en el control de la actividad por éste desarrollada, o también puede estar fundamentada, de acuerdo con las tendencias más modernas en esta materia, en la responsabilidad por riesgo.

La sentencia de 22 de junio de 1988 (Ar. 5124) del T. Supremo expone claramente como fundamento de dicha responsabilidad «una presunción de culpa en la elección o en la vigilancia, con independencia de la contraída por el autor material...». En efecto, como hemos mencionado al analizar el requisito anterior, la responsabilidad del empleado y la responsabilidad del empresario tienen fundamentos distintos, una se funda en la culpa «in operando», la otra en la culpa «in eligiendo o in vigilando», pero ambas guardan conexión entre sí, en la medida en que no puede afirmarse ésta sin la existencia de la aquélla.

La responsabilidad en la elección se refiere a la capacitación o aptitud laboral previa necesaria para la prestación determinada, mientras que el deber de vigilancia deriva de la relación contractual, se ejerce en el ámbito de la empresa y respecto a la realización de su tarea, pendiente en todo momento, la relación de trabajo.

La apreciación de la responsabilidad del párrafo 4º del art. 1903, y por tanto, el éxito de la acción aquiliana ejercitada en base al mismo exige:

- Culpa de los empleados.
- Negligencia concomitante, ora «in eligendo», ora «in vigilando», de la empresa, y en consecuencia falta de cuidado, de vigilancia y de previsión.
- La producción de un daño efectivo.
- Y relación causal entre el daño y la culpa.

Estos dos últimos, como requisitos exigidos para la apreciación de la responsabilidad del art. 1902, que determina la del empleado, premisa necesaria para afirmar la contemplada en el 1903, 4º.

Con esta claridad se manifiesta específicamente la sentencia del T. Supremo de 28 de febrero de 1983 (Ar.1083). De acuerdo con esto, afirma la responsabilidad por culpa del gruista y sus ayudantes en la muerte de un obrero portuario derivada de la actuación de aquéllos y, sentada la misma, la extiende a la empresa para la que trabajaba y a los organismos públicos que controlan los trabajos en el puerto por defecto en la vigilancia de las operaciones y por defecto en la elección, respectivamente.

La sentencia de 4 de febrero de 1986 (Ar. 413), declara como responsables de las lesiones sufridas por un tercero empleado de la empresa, derivadas de la explosión de una máquina, a dos trabajadores de la misma y al propietario, basándose de un lado, en la negligente actuación de los empleados que faltaron a su cometido de supervisar el trabajo y por tanto incurrieron en «omisión de vigilancia», y de otro lado, en la culpa «in eligendo» en cuanto al propietario, ya que aquéllos estaban subordinados a él y resultó acreditada su dependencia.

Llama la atención esta sentencia al afirmar la responsabilidad no sólo del propietario sino de los empleados de éste que ocupaban los cargos de «director y encargado general», es decir, se hace responsables también a los cargos directivos.

No obsta a la declaración de «culpa in eligendo o in vigilando» en que incurre la empresa, y por tanto a la declaración de responsabilidad de la misma, la indeterminación del autor material del daño; para ello es necesario, en todo caso, que concurren dos presupuestos:

a) La dependencia con la empresa del autor no identificado. (En el supuesto litigioso se trataba de una enfermera del establecimiento sanitario).

b) La actuación negligente del autor.

Concurriendo ambas circunstancias y a pesar de la falta de identificación personal del autor del hecho, cabe la imputación de responsabilidad directa a la empresa, sin que quepa hablar de incompatibilidad entre la inexistencia de identificación y dicha imputación. (S.T.S. 3-7-84. Ar.3792).

Cabe eximirse de esta responsabilidad si se prueba que se hizo lo posible para evitar el daño (art. 1903 in fine), pero a pesar de esta posibilidad, el rigor con que se exige para que sea admitida hace que desemboque en una objetivización de aquélla (12).

Aunque haremos posteriormente referencia al tema de la exención, podemos preguntarnos ¿alcanza la misma a aquellos supuestos en que los daños del empleado a tercero se produjeron por caso fortuito o fuerza mayor? Efectivamente, si concurre alguno de estos supuestos no se puede hablar de responsabilidad, en consonancia con lo establecido en el art. 1105 del C. Civil, según el cual «...nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables». La cuestión se centra en probar la producción de estos eventos y no la concurrencia de defectos o vicios en el elemento generador del daño por falta de diligencia en su cuidado que favorezcan la producción de los daños, de manera que permita la apreciación de una conducta culposa, como acertadamente advierte la S.T.S. de 28-11-86 (Ar. 6784).

### 2.3. Carácter de la responsabilidad

Como hemos mencionado en alguna de las líneas anteriores, la responsabilidad que recae sobre el empresario impuesta por el artículo 1903 del C. Civil es una responsabilidad directa, no subsidiaria; ello quiere decir que la víctima puede dirigir su acción bien contra el autor material del daño, bien directamente contra el empresario del que depende, sin perjuicio de que éste pueda repetir con posterioridad contra el empleado, o bien contra los dos; esto es, se le reconoce una facultad de elección para dirigir la acción indistintamente contra cualquiera de ellos y no en defecto del principalmente obligado, el causante material.

(12) DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A. «Sistema de Derecho Civil». Ed. Tecnos. Madrid. 1992. Págs. 626 y ss..

Pero además de directa es una responsabilidad solidaria; solidaridad que se produce entre las personas que pueden resultar obligadas y que se establece a fin de garantizar la protección del que sufre el daño. Ciertamente, en nuestro Derecho la solidaridad de la obligación aparece como una excepción frente a la regla general que es la mancomunidad; de esta forma, si concurren varios acreedores o varios deudores en una obligación sólo podrán pedir o prestar cada uno de ellos la parte que en verdad les corresponde del crédito o la deuda, sin que puedan pedir o deban prestar la totalidad del crédito o la deuda, en vistas a lo establecido en los artículos 1137 y 1138 del C. Civil. Sólo se rompe la condición mancomunada de la obligación cuando se establece su naturaleza solidaria de forma expresa o puede deducirse tal del «texto de la obligación», como menciona el art. 1138. Es decir, siguiendo la pauta marcada por la regla general, el perjudicado dirigiría su acción contra el autor material y contra el empresario reclamándoles un resarcimiento en proporción a la parte de culpa en que hubieran incurrido cada uno de ellos. Sin embargo, en materia de responsabilidad extracontractual rige el carácter solidario de la obligación. Con ello se trata de establecer una forma de garantía personal mucho más enérgica que la que pudiera lograrse con la misma fianza (13), pudiendo el perjudicado reclamar la totalidad de la reparación del daño sufrido a cualquiera de los obligados: al autor material o al empresario. Por tanto, en lo que se refiere a la responsabilidad civil, se rompe la regla general en materia de obligaciones en aras a la protección de la víctima.

Ambos caracteres, el directo y el solidario de la responsabilidad, han sido puestos de relieve por reiterada jurisprudencia.

La sentencia de 22 de febrero de 1991 (Ar. 1587) afirma que «la responsabilidad derivada del art. 1903 del C. Civil es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser exigida al empresario por su propia culpa «in eligendo» o «in vigilando» y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya podido incurrir el autor material del hecho»; de tal manera que como señala el Tribunal Supremo, la empresa asume directamente la responsabilidad una vez que consta la causación material de los daños por los dependientes o subordinados a tal entidad (S. de 3-7-91 Ar. 5435), y la sentencia de 21 de abril de 1992 (Ar. 3315) manifiesta que : «es doctrina jurisprudencial consolidada, la de que la responsabilidad que el art. 1903 impone al empresario es directa, no subsidiaria» (14).

Este carácter permite al perjudicado dirigirse directamente contra el empresario sin necesidad de ir primero contra el empleado causante del daño, de forma que éste puede no ser parte en el proceso y que en el mismo sólo se condene al empresario que, con posterioridad, ejercitará contra el trabajador el derecho de repetición que le reconoce el art.1904.

Calificamos este tipo de responsabilidad no sólo de directa sino también de

(13) CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, T. III, 11ª ed., pág. 130 y ss.

(14) En el mismo sentido, SS. de 26-6-84 (Ar. 3265), 22-6-88 (Ar. 5124), 27-2-92 (Ar. 1246) y 28-2-92 (Ar. 1404).

solidaria. Apreciada la existencia de responsabilidad civil, los causantes directos del daño en base al art. 1902 del C. Civil responden solidariamente con quienes sean estimados responsables por aplicación del art. 1903 del propio Código. De esta manera, la acción puede dirigirse directamente contra cualquiera de los implicados, contra todos o contra alguno de ellos. (S.T.S. 17-6-89 (Ar. 4696) y de 31-10-91 (Ar. 7248)).

En los supuestos de responsabilidad extracontractual, se produce la solidaridad entre las personas que pueden resultar obligadas y en consecuencia se faculta al perjudicado a dirigir su acción contra cualquiera de ellas, como *deudores por entero* de la obligación de reparar el daño, según el art. 1144 del C. Civil. Ello no excluye la posible repetición con acción y efecto interpartes en el caso de concurrencia de responsabilidades. En el supuesto de que existan varios autores materiales y haya pagado el empresario, éste puede reclamar a los demás la parte que les corresponda. Así se ha manifestado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones: SS. de 21-4-92, 8-2-91, 10-3-89, 28-5-82 (Ar.3315, 1157, 2031, 2606).

La sentencia de 4 de febrero de 1986 (Ar. 413) pone de manifiesto ambos caracteres al declarar la responsabilidad de «los empleados de la empresa que, faltando a su cometido de supervisar el trabajo, no comprobaron ni vigilaron... los aparatos..., haciéndose acreedores de la condena que sobre ellos recayó, extendida solidariamente al dueño de la factoría del que acreditadamente dependían con arreglo a la previsión del párr. 4º del art. 1903 del C. Civil».

En el ámbito periodístico, la S.T.S. de 22 de abril de 1992 (Ar. 3317) declara la responsabilidad solidaria del autor del reportaje, del director de la publicación y de la empresa propietaria del periódico, fundamentando la del primero en la culpa «in operando» y la de los otros dos, en la culpa «in vigilando e in eligendo». Se considera en la misma que el director es responsable por su propia función directiva, que abarca vigilar y controlar la confección del periódico y la elaboración de sus contenidos materiales, y además, le corresponde velar por los derechos amparados por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982; y de otro lado, la empresa propietaria es responsable solidaria con los anteriores pues, en cuanto soporte económico y organizativo del medio de comunicación, se halla vinculada a la responsabilidad que generan sus dependientes, empleados, representantes o apoderados, entre ellos el director del medio.

El principio que preside esta materia es la protección de la víctima, como hemos mencionado. En este punto la solidaridad va a jugar un papel esencial. En efecto, va a servir de vehículo para el cumplimiento del fin perseguido por el art. 1903 y en relación con él, el del 1902. El Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 9817), afirma que se establece la solidaridad «por razones de seguridad e interés social». A decir verdad, lo que se persigue por medio de ambos es la obtención de un único resultado indemnizatorio: resarcir el daño causado a un tercero, de manera que el carácter solidario deviene inevitable en el caso de que concurren varios responsables para garantizar la efectividad de la indemnización y en esta exigencia, cada uno es responsable frente al agraviado por la totalidad de la indemnización, sin perjuicio del derecho a repetir que

incumba a cada uno en la proporción correspondiente. La Doctrina habla en estos casos de «solidaridad impropia», concepto que afecta a las relaciones internas entre los corresponsables, pero no al perjudicado o dañado. (S.T.S. de 22-4-92. Ar. 3317).

En esta línea se incardina la sentencia de 4 de noviembre de 1991 (Ar. 8140), al decir: «si alcanza a las empresas la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que, cual tiene repetido esta Sala, no es subsidiaria, sino directa y en consecuencia hay concurrencia de ilícitos culposos, procede la solidaridad, como medio de protección a los perjudicados». Se pronuncia también así la sentencia de 29 de diciembre de 1984 (Ar. 6301) que justifica la solidaridad diciendo que la misma responde a que «en materia de responsabilidad extracontractual preside el saludable rigor que impone la seguridad de las personas y cosas, lo que conduce a la unidad de responsabilidad frente al perjudicado y a la correlativa unicidad de la prestación».

Así pues, el perjudicado va a poder dirigir la acción, para resarcirse del daño sufrido, contra el empresario que tenía contratado al trabajador, autor material del mismo, o contra éste, con independencia de que el empresario pueda hacer uso de la facultad de repetición que le reconoce el art. 1904 del C. Civil, a cuyo tenor «el que paga el daño causado por sus dependientes, puede repetir de éstos lo que hubiere satisfecho».

Desde el punto de vista procesal, esta solidaridad implica la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario (S.T.S. de 17-6-89. Ar.4696). Las sentencias posteriores se pronuncian en el mismo sentido; así la de 31 de octubre de 1991 (Ar. 7248) señala que «la responsabilidad solidaria que deriva del art. 1903 permite la posibilidad de acción directa contra cualquiera de los implicados, pudiendo dirigirse la demanda contra alguno individualizado, o contra todos, lo que lleva implícito la inexistencia del alegado litisconsorcio pasivo necesario», y todo ello sin perjuicio del juego interno que señala el artículo 1145 del C. Civil (15).

#### 2.4. Teoría del riesgo

Al analizar la doctrina del Tribunal Supremo se observa cómo ha ido evolucionado hacia una objetivización de la culpa extracontractual, tanto en los casos del art. 1902 como del art. 1903 del C. Civil.

¿Cuál es la causa que motiva esta objetivización? Fundamentalmente el avance industrial. La industrialización provoca la multiplicación de los riesgos y por tanto de los daños. Ello genera reclamaciones, precisamente de los que viven de ella, de los que sufren los mismos. Por eso, esta teoría renace en primer lugar en el campo social. Se trae a primer término el concepto de que quien recibe la utilidad debe resarcir los daños causados en el ejercicio de la actividad para obtenerla. Se trae a colación el principio romano «ubi emolumentum, ibi onus».

(15) En el mismo sentido, las SS. del T. Supremo de 17-2-86 (Ar. 685), 8-5-86 (Ar.2669), 3-9-86 (Ar. 4925), 19-1-88 (Ar. 126), 17-6-89 (Ar. 4696).

Si el empresario, en el campo laboral, es el principal beneficiado de la actividad industrial, es él el que debe asumir el riesgo de daños derivados de la misma y resarcirlos cuando se produzcan, sin atención a la culpa. Se aligera así la posición del trabajador sobre el que recaía la prueba de la culpa de su empresario en la causación del accidente para que respondiera de los daños consiguientes (16). Es aquí, en materia de accidentes de trabajo, donde se da el primer paso hacia la objetivización. Hasta tal punto que el prof. Alonso Olea llega a afirmar que «las nociones de «culpa in eligendo» o «culpa in vigilando», cuando menos aplicadas a este contexto -responsabilidad civil extracontractual-, no son sino modos de decir que realmente la responsabilidad se exige con independencia de la noción de culpa» (17). El avance de esta teoría es rápido. El empresario responde y la justificación de esta responsabilidad pasa de estar en la «culpa in eligendo o culpa in vigilando» a estar en el beneficio que se obtiene con el riesgo creado, y aún se justifica aunque no exista éste, como veremos en algunos ejemplos jurisprudenciales. Incluso este autor llega a considerar responsable al empresario aún cuando la materialización del riesgo se deba al azar.

Pero, ¿cuáles son los pasos seguidos por la jurisprudencia? ¿Cómo ha ido caminando hacia una objetivización?

Los pasos dados por el Tribunal Supremo en esta materia se han realizado siempre con prudencia y cautela. Hay que tener presente que el sistema subjetivista es el imperante en nuestro régimen jurídico. De ahí que el principio general sea que el que reclame la reparación de los daños derivados de un hecho lesivo causado por otro ha de aportar la prueba de la existencia de esos daños y además probar que se produjeron por culpa o negligencia de éste. Ahora bien, poco a poco se dan pasos que evidencian la tendencia a objetivar esa responsabilidad. En el campo de la prueba, se manifiesta en que el causante del daño, que deviene deudor por su deber de reparar el perjuicio, será el que deba probar, para eludir su responsabilidad, que si se produjeron daños no fue por culpa suya, sino que empleó toda la diligencia posible para evitar el daño. Es el deudor el que debe probar que no es culpable; se invierte, por tanto, la carga de la prueba.

Se inicia esta nueva orientación con la sentencia de 10 de julio de 1943 (Ar. 856) en la que el Tribunal Supremo condenó al demandado por los daños ocasionados por su dependiente, el chófer, con el vehículo que conducía. Lo importante a resaltar en esta sentencia es que el Tribunal, atendiendo a la peligrosidad de la actividad realizada: la conducción de un vehículo de motor, sienta la inversión de la carga de la prueba por considerar que existe, en este caso, «una probabilidad de culpa, que puede presumirse ésta y cargar al autor del atropello de la obligación de desvirtuar la presunción». De tal manera que «es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidados debidos, según las circunstancias».

Se produce una transformación en la apreciación del principio subjetivista,

(16) Ello cristalizó en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

(17) ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 11ª ed., pág.362.

de manera que el acreedor-víctima no ha de probar la existencia de una conducta culpable sino que se establece una presunción de culpa en toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable.

El Tribunal Supremo se refiere a esta evolución en numerosas sentencias. Veamos algunas de ellas:

La sentencia de 28 de febrero de 1992 (Ar. 1404) dice: «Es asimismo de señalar que la doctrina de esta Sala ha ido evolucionando hacia una cierta objetivización de la culpa extracontractual tanto en los casos del art. 1902 como del 1903 del C. Civil, bien a través de la idea del «riesgo» bien de la «inversión de la carga de la prueba», lo que se traduce en que aun tratándose de actividades o conductas normalmente diligentes y desde luego lícitas, al venir referidas a actividades que son 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».

En esta sentencia se hace responsable a la empresa propietaria de la grúa de los daños causados por uno de sus empleados con dicha máquina a un tercero. Y más aún se le declara responsable por efecto de la inversión de la carga de la prueba, en cuanto que durante el proceso no acreditó que los daños se produjeron por causa no imputable a ella.

A esta evolución se refiere también la sentencia de 25 de febrero de 1992 (Ar. 1554), al decir: «Esta Sala ha declarado con reiteración que la responsabilidad aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según impone el art. 1902 del Código, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial a partir de la S. 20-7-1943 (Ar. 856) hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora del daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo, demostración que no se lograra con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiéndose que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado». Con idéntico contenido se pronuncia la sentencia de 28 de abril de 1992 (Ar. 4466).

Se pone de relieve esta evolución que permite afirmar, como lo hace la

sentencia de 24 de enero de 1992 (Ar. 207), que «si bien el principio de la responsabilidad por culpa es el elemento básico de nuestro ordenamiento positivo, sin embargo, se ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual de una manera moderada recomendando la inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida».

La objetivización en esta materia conduce a que se excuse el factor psicológico de la culpabilidad del agente; en este sentido la sentencia mencionada señala: «la doctrina de la Sala ha ido evolucionando 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 cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos originados en el ámbito de los vehículos de motor» (18). La excusión del factor psicológico desemboca en que la culpa del agente se presuma «iuris tantum», se parte ya de su existencia por el sólo hecho de producirse el daño de manera que el autor es considerado culpable mientras no demuestre que obró con prudencia y diligencia. (S.T.S. 4-6-91. Ar.4415). ¿Cómo podría, en este caso, eximirse la empresa de la responsabilidad resultante? Cabría dicha exención, como ya veremos, únicamente probando que había extremado la diligencia en tales términos que si se produjo el daño sólo pueda admitirse que el mismo se causó por caso fortuito o fuerza mayor. (S.T.S. 26-12-88. Ar. 9817). Se extrema al máximo el rigor en la apreciación de esta diligencia. Va más allá de la diligencia exigida en el art. 1104 del C. Civil para no incurrir en culpa: «la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» o bien la establecida en el mismo artículo en su párrafo 2º: «la que correspondería a un buen padre de familia». Esta posición se observa claramente en la jurisprudencia. La sentencia de 9 de junio de 1992 (Ar. 5179) señala: «acreditado el hecho y sus consecuencias dañosas se produce una inversión de la carga de la prueba, presumiéndose «iuris tantum», la culpa del autor del hecho dañoso a quien le incumbe acreditar que actuó con la diligencia debida...».

La de 18 de febrero de 1991 (Ar. 1446) señala que «la responsabilidad del demandado se funda en no haber observado la diligencia que le era exigible, atendida la naturaleza de la actividad desarrollada y que correspondía a las circunstancias del lugar en que se ejecutaba» (19).

(18) En el mismo sentido, las sentencias de 29-3-1983 (Ar. 1652), 25-4-1983 (Ar. 2123), 9-3-1984 (Ar. 1207), 21-6-1985 (Ar.33=8), 1-10-1985 (Ar.4566), 24 y 31-1-1986 (Ar. 329 y 444), 2-4-1986 (Ar. 1788), 19-2-1987 (Ar.719), 3-5-88 (Ar.4352), 21-11-1989 (Ar. 7897), 26-3-1990 (Ar. 1731), 26-11-1990 (Ar. 9047), 5-2-1991 (Ar. 991).

(19) En el mismo sentido, las sentencias de 27-4-1981 (Ar.1781), 11-4-1984 (Ar. 1956), 17-12-85 (Ar.6591), 17-2-86 (Ar. 685), 16-10-87 (Ar. 7105), 29-4-88 (Ar.3327), 6-3-1992 (Ar. 2397) y la mencionada de 25-2-92 (Ar. 1554).

Como decíamos, no es suficiente en esta materia acreditar la diligencia del art 1104 del C. Civil, ni siquiera acreditar el cumplimiento de las normas regladas de la actividad causante del daño. Así, la sentencia de 9 de junio de 1992, antes citada, continúa diciendo que no se puede acreditar la diligencia debida por el cumplimiento de las prevenciones reglamentarias, «cuando se acreditaron irrelevantes para prevenir o evitar el daño».

Se pronuncia de esta manera la sentencia de 22 de noviembre de 1983 (Ar. 6490): «esta Sala tiene declarado con insistencia que el mero cumplimiento de las formalidades administrativamente dispuestas no es bastante para descartar la actuación culposa y consiguiente responsabilidad, pues el acacimiento lesivo está proclamando con su misma existencia que no eran suficientes para prevenirlo», y por tanto, «la mera observancia de las garantías exigidas... no exonera de responsabilidad cuando no han ofrecido resultado positivo alguno para evitar los daños previsibles y evitables».

O la sentencia de 17 de julio de 1986 (Ar.4571) al decir literalmente que «no basta con las prevenciones establecidas en los reglamentos (por espesas que sean y por cabal que se demuestre su acatamiento) si, pese a ellas, acaece el evento dañoso, denotando la imprudencia».

La producción del daño, a pesar de la observancia de la normativa, revela la inutilidad de la misma y como consecuencia, la exigencia de una mayor prudencia en el actuar de la persona.

La diligencia por tanto, no se identifica con el cumplimiento de las normas establecidas. Se exige una mayor previsión. Si se cumplen estas normas pero se produce el daño, la diligencia puesta no es suficiente, puesto que no ha evitado el daño.

Se erige como regla el llamado «agotamiento de la diligencia» que implica acentuar de tal forma el rigor en la aplicación del art 1104 del C. Civil, definidor de la culpa o negligencia, que no se eliminan éstas por el cumplimiento efectivo de las normas legales o reglamentarias sobre todo si dichas garantías se revelan insuficientes para la evitación del riesgo y del daño. (SS.T.S. 27-5-82. Ar. 2603 y 4-10-82. Ar. 5538).

Hay sentencias que fundan el carácter objetivo de esta responsabilidad en una razón mucho más simple: sencillamente porque el art. 1903 no menciona el elemento de la culpabilidad; en este sentido dice la sentencia de 7 de enero de 1992 (Ar. 149): «la responsabilidad declarada en el art. 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva».

Estas sentencias nos vienen a señalar como mecanismos para la objetivización los siguientes:

- La inversión de la carga de la prueba.
- La idea del riesgo.

Por la primera, como hemos mencionado, se ha de probar que no es culpable quien, en virtud de esta inversión, se presume como tal.

Por la segunda, se considera que quien con su actividad genera riesgo de

daños ha de poner una diligencia mayor que en circunstancias normales; se le exige una diligencia más rigurosa que la comunmente exigida, y si no prueba la misma, se le hace responsable de los daños si éstos se producen. El beneficio que obtiene con la actividad que genera el riesgo justifica esta posición.

¿Cuándo se considera que la diligencia es suficiente y en consecuencia no hay responsabilidad del causante del daño, ya causante directo ya del empresario?

Sólo se excluye esta responsabilidad:

- Si el daño se produce por culpa exclusiva de la víctima.
- Por acaecer un caso fortuito o una fuerza mayor.

En primer lugar, hagamos referencia a la culpa exclusiva de la víctima. Este punto no nos plantearía problemas si en esta materia rigiera en puridad el sistema subjetivista. Pero como analizamos, va imperando la teoría objetiva, de manera que recae sobre el agente una presunción de culpa que ha de destruir. Si el daño se ha producido por negligencia del lesionado ha de dejarse constancia de dicha negligencia por el presunto culpable. Como señalábamos anteriormente, hay una minoración del elemento culpabilístico en esta materia, pero una atenuación sin llegar a la eliminación del mismo; de esta forma, se afirma la responsabilidad del agente, se le presume culpable, mas es una presunción «iuris tantum» y admitirá prueba en contrario. «Si el eventual responsable -como nos dice la sentencia de 17 de julio de 1986 (Ar. 4571)- no ha creado una situación de riesgo en que la víctima se halle inmersa sin el concurso de su voluntad o sin un suficiente grado de aceptación del peligro como en los accidentes laborales, o sin participación alguna de la voluntad, como en la circulación automovilística, es obligado atenerse a la originaria interpretación culpabilista».

En el mismo sentido, se afirma en la sentencia de 27 de mayo de 1982 (Ar. 2603), «no se puede excluir sin más el principio básico de la responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo a pesar de la evolución experimentada por este principio hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, bien imponiéndola como contrapartida de la actividad provechosa pero generadora de daño para los demás, ora acudiendo a la inversión de la carga de la prueba o a la elevación del nivel de cuidado exigibles».

Se admite la exclusión de la responsabilidad cuando sólo a la víctima haya de atribuirse la causación del daño sin que se conozca la colaboración del que se señala como responsable. Es posible por tanto, que éste quede exento de responsabilidad cuando «el aporte de culpa del interfecto y víctima sea tan acusado y determinante que a nadie más que a él mismo y a su propia conducta pueda serle imputable el resultado producido». (S.T.S. 4-10-1982. Ar. 5538).

En consecuencia, cuando es la víctima quien se ha procurado el daño de cuyo resarcimiento se trata y ello consta de algún modo, cede el principio de inversión de la carga de la prueba, ya que el eventual responsable o no la precisa o ha producido la prueba conducente a su exoneración. (S.T.S. 17-7-1986).

En conclusión, el deber de indemnizar que impone al causante del daño la teoría del riesgo cede cuando el suceso tenga su causa en la culpa exclusiva y manifiesta del perjudicado, sin actuación culposa concurrente de la otra parte. Otro problema es el que se plantea en el supuesto de que se aprecie culpa por

ambas partes; se compensarán una y otra lo que se reflejará en el «quantum» de la indemnización. (S.T.S. 22-11-1983. Ar. 6490).

En segundo lugar, hemos señalado como causa de exclusión de responsabilidad la concurrencia en la producción de los hechos generadores del daño, del caso fortuito o la fuerza mayor.

Hemos de traer a colación el concepto de caso fortuito o fuerza mayor dado por el art. 1105 del C. Civil, como suceso imposible de prever o que previsto sea inevitable y por tanto realizado sin culpa del agente. Efectivamente, hay un vínculo de causalidad entre el acontecimiento y el daño, vínculo que es necesario que concurra para determinar la responsabilidad, pero además para que se pueda hablar de responsabilidad, es necesario que el daño no se haya podido evitar o prever y la previsibilidad del daño es un requisito esencial para el nacimiento de la responsabilidad por culpa extracontractual.

Para afirmar la responsabilidad es necesario apreciar un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión y el resultado dañoso y que además éste sea previsible y evitable. Cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa no hay responsabilidad (sanitaria). (S.T.S. de 11 de marzo de 1991. Ar. 2209).

Si no hay nexo causal no se puede hablar de culpa ni por tanto, de responsabilidad del agente, ni del empleado ni de su empleador.

Como afirma la sentencia de 5 de febrero de 1991 (Ar. 992), para que se produzca esta exención de responsabilidad es necesario que el suceso sea imprevisible e inevitable. Caso distinto es que el empresario haya incumplido su deber de previsibilidad; en tal caso no le alcanza la exención porque falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso (20).

Cobra especial transcendencia en la cualificación del caso fortuito la cuestión de la previsibilidad o imprevisibilidad del daño, cuestión que tiene la cualidad de hecho a la hora de enjuiciarla. Cuando el acaecimiento dañoso fuese debido a un incumplimiento relevante del deber de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito; por el contrario, cuando no ha faltado esta previsión, sino que se produce el vínculo causal entre el acontecimiento y el daño sin que haya

(20) El supuesto contemplado por la citada sentencia hace referencia al accidente laboral sufrido por un empleado cuando, trabajando sin casco en la reparación del alumbrado, falleció al caer sobre él el foco de una farola por descuido del trabajador que la manipulaba.

Hay una relación de causalidad entre el hecho y el daño y además, una falta de previsión del posible daño que se podía causar. No se puede entrar en la valoración de la concurrencia de un caso fortuito. No se trata de un hecho imposible de prever o inevitable. En consecuencia, en este caso, se condenó a la empresa al no prever los posibles hechos causantes del daño y adoptar las medidas de seguridad oportunas. En el mismo sentido, SS. de 22-12-81 (Ar.5350), 11-11-82 (Ar. 6538), 11-5-83 (Ar. 2683), 8-5-86 (Ar. 2629), 16-2-88 (Ar.1994).

intervenido la actividad dolosa o culposa del agente, nos encontramos con el caso fortuito. (S.T.S. 23-6-1990. Ar. 4888).

Cabría por tanto exención, probando que había extremado la diligencia en tales términos que si se produjo el daño sólo pueda admitirse que el mismo se causó por caso fortuito o fuerza mayor, como se pronuncia la sentencia de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 9817).

En esta línea se pronunciaba la S.T.S. de 24 de enero de 1986 (Ar. 329), que resaltando la finalidad social, antes aludida, señalaba que ello daba lugar a que se invirtiera la carga de la prueba, exigiendo al demandado que acreditara «toda la prudencia y diligencia precisa para evitar el daño, máxime en actividades de suyo peligrosas o de fácil creación del peligro, supuesto en el que la causalidad física adquiere prepotencia o prevalencia sobre la psicológica o subjetiva exigible al agente».

Hasta tal punto en esta materia la causalidad tiene especial relieve que DIEZ-PICAZO llega a afirmar que la culpa «como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión» (21).

Podemos preguntarnos cuál es la finalidad perseguida con este proceso de objetivización de la responsabilidad civil que venimos analizando. El objetivo, que ya se ha apuntado al recoger algunas sentencias, es lograr la protección del hombre medio ajeno a actividades especialmente peligrosas pero que puede resultar víctima de las mismas. Es sujeto de protección, por tanto, una tercera persona no ligada por vínculo negocial alguno con ninguna de las personas físicas o jurídicas intervinientes en el hecho dañoso y declaradas responsables. (S.T.S. 28-2-92. Ar.1404). A título de ejemplo podemos citar entre todas lo establecido por la sentencia de 26 de diciembre de 1988 (Ar. 9817), que al referirse a la inversión de la carga de la prueba a lo que «obliga la evolución de la doctrina en torno a la culpa aquiliana de los artículos 1902 y 1903 del C. Civil», señala que la misma «define en la práctica la finalidad social de la protección de terceros en los irremediables avances tecnológicos de las actividades humanas que llevan aparejados tangibles peligros y riesgos».

¿Hasta dónde alcanza dicha protección? El art. 1903 y el 1902 al que se remite el primero, así como el art. 1106 (22) hablan de «reparar el daño causado». Ahora bien, el concepto de reparación no está delimitado en nuestro Derecho por unos principios generales que rijan la materia, sino que la indemnización de daños y perjuicios alcanza hasta donde la víctima quede indemne. Como dice la sentencia de 13 de abril de 1987 (Ar. 2706) «no existen en nuestro Derecho Positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación en que se manifiesta la

(21) DIEZ-PICAZO y GULLON, Op. cit. Pág. 608.

(22) El art. 1106 del C. Civil establece: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de las ganancias que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes».

responsabilidad del dañador comprende, tanto en la esfera contractual como extracontractual, sanciones bastantes en cada caso a lograr la indemnidad que es el único designio de la norma». Es por tanto, el principio de indemnidad el que impera en esta materia y exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría de no haberse producido el daño. La sentencia de 7 de enero de 1992 (Ar. 149) señala expresamente: «La indemnización que contemplan el artículo 1902 y 1903 del C. Civil es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente (en reparación de daños corporales o morales nunca puede existir igualdad) al que tenía antes de haberlo sufrido» (23).

Y se extiende esta protección, no ya sólo al daño material, sino también al daño moral como acertadamente aprecia el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de abril de 1992. (Ar. 3317). En ella se condenó al propietario de la empresa periodística, al director del periódico y al autor del reportaje a indemnizar los daños causados por una publicación del mismo en el honor y fama de los demandantes, en base al artículo 1903 que «persigue la obtención de un resultado indemnizatorio».

## 2.5. Derecho de repetición

Declarada la responsabilidad del empresario por actos de su empleado y cumplidas por aquél las obligaciones derivadas de esta responsabilidad, ¿en qué situación queda este empresario que ha respondido por actos que no son propios?

El C. Civil, en su art. 1904, le concede un derecho de repetición a fin de no soportar las consecuencias de un hecho ilícito realizado por otro.

Ahora bien, en el análisis de la responsabilidad que venimos haciendo, la primera deducción que podríamos extraer es que, ante todo, prima la protección de la víctima que se refuerza con la responsabilidad, no ya del causante material sino también de aquéllos de quienes éste depende. En segundo lugar, al tratar de buscar un fundamento a la extensión de esta responsabilidad, y dado el sistema subjetivo imperante, nos encontramos con el elemento culpa: culpa por incumplimiento de los deberes que incumben al empresario: vigilar, controlar, elegir por tanto, «culpa in eligendo» o «culpa in vigilando». En tercer lugar, se nos plantea la cuestión de que lesionaría los principios de justicia material que el empresario asumiera totalmente la culpa del dependiente.

La jurisprudencia recoge en sus sentencias esta facultad de repetición. Quizás la solución más equilibrada, recogida por algunos autores, sería la que reconoce una concurrencia de culpas en la producción del evento dañoso: la del trabajador «in operando» y la del empresario «in eligendo» o «in vigilando». Las consecuencias de la responsabilidad, es decir, el deber de indemnizar se dividiría entre

(23) En el mismo sentido, SS del T.S. 20-2-1989 (Ar. 1215) y 25-3-1991 (Ar. 2443).

ambos, de tal manera que si el empresario ha satisfecho en su totalidad la indemnización, puede reclamar al trabajador lo que corresponde a su parte de culpa.

Hemos de tener en cuenta que, teóricamente, el trabajador aparece como sujeto responsable de todas las obligaciones que generan sus actos, tanto contractuales como extracontractuales.

Su responsabilidad no se agota en la estrictamente disciplinaria. De ahí que quepa tal exigencia. Efectivamente, la responsabilidad disciplinaria surge como «la adaptación a la relación derivada del contrato de trabajo de los principios de la responsabilidad civil» (24), a fin de hacer frente a los incumplimientos del trabajador de los deberes derivados de su situación jurídica como tal y en ningún momento excluye la exigencia al trabajador de responsabilidad por cualquier otra vía; es más, incluso pueden ser acumuladas. Es decir, la responsabilidad que analizamos, la responsabilidad civil, subsiste independientemente de la responsabilidad disciplinaria regulada en los artículos 58 del E.T. y 63 de la L.C.T..

Algunos autores (25) han argüido que si el empresario responde es porque efectivamente ha habido culpa por su parte, de forma que no cabría repercutir la indemnización sobre el dependiente. Otros, como GULLON (26) se inclinan por la distribución de las consecuencias del daño. RUBIO GARCIA-MINA (27) y ROGEL VIDE (28) consideran que este derecho de repetición implica el reconocimiento de la objetivización en la responsabilidad del empresario: responde aunque la culpa sea de su empleado. Atendiendo a esta responsabilidad objetiva imperante, cabría fundamentar ésta en que el empresario asume los riesgos de la actuación de su empleado, ya que disfruta de los beneficios que reporta la actividad que realiza. Y a pesar de que el art. 1904 le concede un derecho de repetición, el riesgo normalmente lo asume él, dada la insolvencia frecuente de su empleado. Eso sí, en todo caso la principal protegida es la víctima del daño que va a ver satisfecha la lesión de su derecho y cuya reparación es la finalidad del artículo 1903 del C. Civil.

(24) DURAN LOPEZ, F., «Las garantías del incumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador», *Revista de Política Social*, nº 123. Julio-Agosto 1979. Págs. 13, 49 y ss..

(25) DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Deusto, Bilbao, 1988. Pág. 132 y ss.

(26) GULLON BALLESTEROS, A. *Curso de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, Madrid, 1968, Pág. 485.

(27) RUBIO GARCIA-MINA, J., «La responsabilidad civil del empresario», Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. 1971. Págs. 50 y ss.

(28) ROGEL VIDE, op. cit. págs. 159 y ss.

## LA REFORMA DEL MERCADO DE TRABAJO: UNA VALORACION CRITICA

Por JUAN GORELLI HERNÁNDEZ \*

**SUMARIO:** I. La necesaria reforma laboral: 1. *Reforma del mercado de trabajo y flexibilidad laboral.*—2. *Reforma del mercado de trabajo y demanda empresarial de trabajo.*—II. Medidas de flexibilidad interna: 1. *Flexibilización salarial.*—2. *Regulación de jornada y flexibilidad.*—3. *Movilidad.*—III. Medidas de flexibilidad externa: 1. *La extinción del contrato de trabajo.*—2. *Contratación temporal.*—IV. Conclusión.

### I. LA NECESARIA REFORMA LABORAL

#### 1. Reforma del mercado de trabajo y flexibilidad laboral

La polémica sobre la necesidad de cambios estructurales en el seno del Derecho del Trabajo no puede considerarse nueva ni mucho menos; a lo largo de la década de los 80 la flexibilidad (1) se constituyó como tema estrella del discurso económico. En la actualidad, el resurgir de la crisis económica ha puesto de manifiesto las importantes alteraciones estructurales que sufren la oferta y la demanda de empleo (2). Como resultado de esta situación se ha producido un apreciable cambio en el seno de la doctrina laboral española, que ha reconducido

\* Doctor en Derecho y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

(1) La flexibilidad, tal como la entendemos en este trabajo, sería «todas aquellas reformas que tienden a ajustar las calidades, cantidades y precios de este factor de producción (el trabajo) a las conveniencias del sistema productivo», definición de MARTIN VALVERDE, A.: «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral* nº 9, página 701. En similares términos, VALDES DAL-RE, F.: «conjunto de medidas tendentes a promover el ajuste del empleo a las necesidades productivas de las organizaciones homónimas», «Flexibilidad en el mercado de trabajo y ordenamiento laboral», *Papeles de Economía Española*, nº 22, página 302.

(2) En este sentido KANAWATY, G. y MOURA CASTRO, C.: «Los sistemas económicos y sociales de numerosos países se hallan sometidos en la actualidad a rápidos cambios estructurales (...), el cambio se manifiesta tanto en la oferta de mano de obra como en la estructura de la demanda de personal calificado. Esta evolución va cobrando impulso y dificulta el mutuo acoplamiento de la oferta y la demanda. En no pocos países se observa una agravación del desempleo unido a la escasez de mano de obra en ciertas ocupaciones. «Nuevas orientaciones en materia de formación: Un programa de acción», *Revista Internacional del Trabajo*, 1991 Nº 1.