

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

PEDRO ZELAYA ETCHEGARAY
Universidad de Chile

1. *Introducción*

Creemos que tiene alguna utilidad el describir someramente cómo se estructura legalmente y cómo opera en la práctica diaria el régimen de responsabilidad aquiliana en el actual sistema jurídico español. Y esto, al menos, por dos motivos. En primer lugar, porque el régimen establecido por el Código civil español de 1889 es muy similar al nuestro, por no decir idéntico, a saber, el régimen de responsabilidad por culpa probada. En segundo lugar, porque dicho régimen ha experimentado importantes modificaciones, tanto a nivel legislativo como judicial, que pueden ser muy orientadoras respecto de una posible y futura reforma de nuestro sistema legal de responsabilidad aquiliana.

No es fácil abordar este estudio con claridad, brevedad y precisión, por cuanto el sistema español de responsabilidad civil está experimentando -como acabamos de señalar- una fuerte y profunda transformación en manos de la jurisprudencia de los tribunales. Por ello, sólo daremos una visión general de la regulación contenida en los Códigos sustantivos y breves comentarios sobre la transformación que ella ha sufrido en los últimos decenios, haciendo especial hincapié en los aspectos que creemos ser de mayor interés. Además, *ex profeso* dejaremos fuera del presente estudio los regímenes especiales de responsabilidad extracontractual, contenidos en leyes especia-

les, por cuanto ellos escapan a una consideración de derecho común y general.

El art. 1089 CC español -al igual que nuestro art. 1437 CC- claramente reconoce cuatro principales fuentes de las obligaciones, es decir, las causas en virtud de las cuales una persona (el deudor) puede encontrarse en la situación jurídica de dar, hacer o no hacer algo (prestación) para con otra persona (acreedor). Este artículo menciona la ley, el contrato, el cuasicontrato y los "actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia". Esta última fuente ha sido denominada tradicionalmente con el nombre de responsabilidad civil. Surge -por regla general- toda vez que una persona causa a otra un daño con culpa o negligencia personales. Ella se traduce en el deber de indemnizar a la víctima por el monto del daño efectivamente causado. Es decir, la responsabilidad civil es una fuente de las obligaciones expresamente consagrada por el Código civil español.

Por otra parte, la doctrina española -al igual que la chilena- tiende a dividir la responsabilidad civil en contractual y extracontractual. La primera supone la transgresión, por parte del deudor, de una obligación (o deber de conducta) impuesta por un contrato; es decir, surge toda vez que aquél incumple o retrasa el cumplimiento de una obligación previamente asumida para con su acreedor. Así lo expresa -entre otros- el art. 1101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». Y agrega el art. 1104 CC: «La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de tiempo, lugar y persona. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». En cambio, la responsabilidad aquiliana o extracontractual surge, precisamente, cuando no existe vínculo jurídico previo entre el autor del daño y la víctima y supone, por parte del primero (autor del daño y responsable), la transgresión voluntaria

de un deber genérico de no causar daño injusto a otro (*neminem laedere*)¹

2. Dualidad de regímenes jurídicos en relación a la responsabilidad civil extracontractual

Por una peculiaridad histórica, la responsabilidad extracontractual o aquiliana reconoce, en el sistema español, una muy importante dualidad de regímenes jurídicos: el Código civil y el Código penal. Así lo establecen expresamente los arts. 1092 y 1093 CC, pues mientras el primero señala que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal», el

¹ No intentaremos describir aquí -ni menos solucionar- los complejos problemas que surgen cuando se produce un daño susceptible de conformar tanto el supuesto de hecho de las normas que regulan la responsabilidad contractual como el supuesto de hecho contenido en las normas sobre responsabilidad extracontractual. Este problema se ha denominado tradicionalmente como "cúmulo u opción" de responsabilidad y generalmente surge cuando se ha incumplido una relación jurídica previa entre el demandado y la víctima: ¿puede ésta intentar la acción de responsabilidad aquiliana o debe necesariamente acudir las normas de responsabilidad contractual? Este problema tiene gran trascendencia práctica toda vez que la víctima ha contratado con una empresa determinadas obras o servicios pero el daño es causado directamente por maquinaria o colaboradores del empresario con los cuales la víctima no ha contratado; v. gr. daños al paciente de un hospital por la negligencia o descuido de médico de *staff*; daños causados a un alumno por la negligencia o descuido de un profesor; daños causados al propietario del terreno o comitente de obra por la negligencia de un subcontratista, etc. No existe en España -tampoco en Chile- una clara regulación jurídica de la responsabilidad contractual por el hecho de las cosas o por el hecho de los dependientes que facilite al juez la extensión del ámbito del contrato a personas que no han concurrido personalmente a celebrarlo. Para un análisis a fondo del asunto pueden verse GARCÍA VALDECASAS, G., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 831-849; DIEZ PICAZO, I., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el derecho español* en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 1962, pp. 65 y ss.; SOTO NIETO, F., *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo (vinculaciones solidarias)*, Montecorvo, Madrid, 1982, pp. 109-169; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 25 y ss.; PANTALEON, F., *Comentario al art. 1902 CC*, en *Comentario del Código Civil*, t. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones del M. de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1977-1981.

segundo concluye que «las [obligaciones] que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidos a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro» Con ello, el Código civil reenvió expresamente el tratamiento de las consecuencias indemnizatorias del delito o falta al Código penal, de modo que en el derecho español existe, como ya expresamos, una dualidad de regímenes de responsabilidad civil por daños. Una, que podríamos llamar «responsabilidad civil por delito», que se encuentra regulada por el Código penal (arts. 19 a 22 y 101 a 108 CP) y otra, que podríamos denominar «responsabilidad civil propiamente tal», a la que se aplican los arts. 1902 a 1910 CC.

De Angel² explica que esta doble regulación de la responsabilidad civil tiene una explicación histórica. Como es sabido, el Código civil fue promulgado en 1889, mucho tiempo después de haber sido promulgado el primer Código penal español (1821). Fue sin duda este retraso de la codificación civil, el que obligó al primer legislador a regular en el Código penal las "consecuencias civiles" de los ilícitos penales. Tiempo después, al promulgarse el Código civil en 1889, su legislador prefirió mantener -por razones de economía procesal- las cosas como estaban; de ahí la remisión que hace su art. 1092 a las «disposiciones del Código penal»³.

La doctrina española ha criticado duramente esta innecesaria dualidad de regímenes -inexistente en nuestro medio- por cuanto, además de no estar en la línea de los ordenamientos jurídicos extranjeros, causa innumerables problemas interpretativos que afectan a la unidad doctrinal y jurisprudencial propia de todo Estado de Derecho. Así, por ejemplo, Lacruz sostenía hace ya algunos años, que «la evidente diferencia entre el acto ilícito penal y el civil no se extiende a la cuestión de la indemnización de los daños causados por uno u otro, que obedece a unos mismos principios y, por tanto, debería

2 DE ANGEL, R., *La responsabilidad civil*, Deusto, Bilbao, 1988, p. 43.

3 Para un análisis histórico de la cuestión ver DIAZ ALABART, S. *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad*, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1967, pp. 795-894.

governarse por unas mismas reglas. La culpa civil no constituye una fuente de responsabilidad distinta y aislada de la penal. La diferencia entre ambas, muy clara en el ámbito de la sanción, no se extiende al de la reparación, en el cual la identidad es -teóricamente- total. En él podrá, acaso, discutirse sobre si el examen de la responsabilidad civil derivada del delito ha de encomendarse al tribunal penal o al civil; pero aún la competencia de los tribunales penales en modo alguno reclama o reconoce un distinto régimen para ambos tipos de responsabilidad civil -por delito o por acto ilícito no delictivo- que, en esencia, es siempre la misma, puramente civil»⁴. Este mismo criterio ha sido defendido con claridad por Pantaleón en los siguientes términos: «Como la codificación penal precedió a la civil, los codificadores penales consideraron preciso insertar en los Códigos Penales anteriores a 1889 una regulación "provisional" de la responsabilidad civil. Pero dicha regulación sobrevivió a la aparición del Código Civil, que se remitió expresamente a ella en su art. 1092. Lo que hay que lamentar pues, ha sido la causa de una extraordinaria confusión jurisprudencial, provocada también por la escasa atención que la Sala 1ª del Tribunal Supremo [Sala de lo civil] ha venido prestando a las aportaciones de nuestra doctrina (...). Aunque la existencia de los arts. 19 a 22 y 101 a 108 CP y al tenor de los arts. 1092 y 1093 CC hacen explicable la equivocación, es un grave error sostener, como lo ha hecho una nutrida jurisprudencia (...), que la mal llamada responsabilidad civil "derivada de delito" tiene un fundamento, naturaleza jurídica y finalidad diferentes a los de la responsabilidad regulada en los arts. 1902-1910 CC, esto es, que se trata de dos pretensiones distintas e independientes. No puede afirmarse que sea el delito el fundamento de la primera, y el mero ilícito civil el de la segunda. El fundamento es siempre el daño (aunque haya delito, si no produce daño, no genera responsabilidad) atribuible al responsable (que puede no ser el responsable criminal: v. arts. 21 y 22 CP) mediante el oportuno criterio de imputación (culpa o riesgo); con independen-

⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. I. Bosch, Barcelona, 1977, p. 197.

cia de que, además del supuesto de hecho de la norma de responsabilidad civil, la conducta se integre o no en el supuesto de hecho de una norma penal () Son razones de economía procesal las que han motivado que el ordenamiento haya habilitado a los Tribunales penales para que, en los supuestos de sentencia condenatoria (o, excepcionalmente, absolutoria v art 20 II CP), puedan pronunciarse sobre las cuestiones resarcitorias, puramente civiles (v art 117 CP). La doble regulación de la materia en los Códigos Penal y Civil no es prueba de la existencia de dos pretensiones de naturaleza diferente, cada una con su específico régimen jurídico. Estamos ante un "concurso de normas reguladoras de una única pretensión (*Anspruchsnormenkonkurrenz*)»⁵

Además, hoy, tras la reforma del Código penal español en 1967 la distinción entre ambas clases de responsabilidad es mucho menos clara que antes porque ahora, también constituye ilícito penal cualquier hecho imprudente que cause daño, de modo que ambos conceptos -ilícito penal e ilícito civil- parecen identificarse en múltiples situaciones prácticas. Así, a partir de la reforma del Código penal de 8 de abril de 1967, y en particular la de los arts. 586-3 y 600 CP que sancionan la causación, por simple imprudencia e incluso sin existir infracción de reglamentos, de cualesquiera daños y lesiones (a cosas y personas), ha aumentado considerablemente la frecuencia de los hechos dañosos punibles (ilícitos penales) y, por tanto, la importancia de la regulación de la responsabilidad civil contenida en el Código punitivo y de los criterios de interpretación establecidos por la Sala Segunda del Supremo en esta materia⁶. Así lo resume De

⁵ PANTALEON, F., Comentario al art. 1902 CC... cit., p. 1973.

⁶ No obstante ello, queda todavía en pie el distinto principio del cual parten o se fundamentan ambas clases de responsabilidad: la responsabilidad civil se funda en el daño culpablemente causado (e incluso hoy, cada día más, en el daño proveniente de actividades o bienes peligrosos); en cambio, la responsabilidad penal se funda en la idea de castigar una conducta especialmente grave -cause o no daños a terceros- que atenta contra el orden social básico y, por ello, el legislador las ha tipificado expresamente. La comisión de alguno de aquellos hechos -tipificados expresamente por el Código penal como delitos o faltas- provoca una reacción del ordenamiento

Angel: «En efecto, de la lectura conjunta de los artículos 565, 586 número 3º y 600 del Código penal, se desprende que cualquier daño, y de cualquier entidad, causado en las personas o las cosas, aún por simple imprudencia, merece la calificación de delito o falta y es por tanto penalmente perseguible»⁷ Con ello, como todo ilícito civil extracontractual supone siempre un daño a la persona o a los bienes de otro, parece innegable que toda acción y omisión culposa o negligente puede llegar a ser configurado como delito o falta tipificado expresamente en el Código penal⁸.

Por esto, la regulación penal de la responsabilidad aquiliana y los criterios de interpretación sentados por jurisdicción respectiva (Sala Segunda del Tribunal Supremo español) se han hecho cada día más importantes y, frente a una posible modificación legislativa -que tenga por objeto unificar esta innecesaria dualidad de regímenes-, es necesario tenerlos muy en cuenta, por cuanto se ha elaborado un interesante cuerpo de doctrina jurisprudencial que se adecúa muy bien a las necesidades del moderno quehacer empresarial e industrial⁹.

jurídico (muchos son perseguible de oficio por el juez), que tiene como finalidad imponer una pena al personalmente responsable como autor, cómplice o encubridor. Esta circunstancia lleva a que todavía exista, entre los tribunales civiles y los penales, una cierta desigualdad en la apreciación de la culpa del personalmente responsable del hecho que causó el daño, ya que -en materia penal y conforme al principio pro reo-, los primeros se verán más inclinados a declarar la inocencia del inculcado. Cfr. LACRUZ, J.I., SANCHO F. DELGADO, J. y RIVERO, F. *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, v. I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, p. 490, nota 490.

- 7 DE ANOEL, R. *La responsabilidad civil...* cit., p. 45. Hay que tener en cuenta que el autor matiza esta opinión en la 2ª edición de esta obra (Bilbao, 1989) al explicar la importancia que han tenido ciertas leyes, recientemente dictadas en España, que han despenalizado determinadas conductas tipificadas anteriormente como simples faltas.
- 8 Sólo quedarían excluidos los daños causados a los "bienes inmateriales o espirituales" de la persona, pues en España ello no constituyen delito o falta criminal.
- 9 Además -y como derecho vigente-, es muy importante la unidad en los criterios de interpretación de ambas Salas del Tribunal Supremo en casos de responsabilidad extracontractual, cada vez que, existiendo sentencia condenatoria en el proceso

Para continuar con esta breve descripción del sistema español de responsabilidad aquiliana, y siguiendo la ya clásica división -a efectos puramente expositivos- entre la responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno, por hecho de los animales y por el hecho de las cosas, parece conveniente detenerse brevemente en cada uno de estos supuestos¹⁰.

penal, el ofendido (víctima del daño) se hubiere reservado el ejercicio de la acción civil para ejercitarla ante la jurisdicción civil (en este caso, el ofendido puede iniciar demanda de indemnización por responsabilidad aquiliana ante los tribunales civiles). Aquí se plantea el interesante problema de saber qué normas -y qué criterios de interpretación- debe aplicar el juzgador civil: ¿el Código civil o el Código penal? Algunos llegan a la conclusión que debieran aplicarse no sólo las normas del Código penal sino también las del Código civil, en su carácter de derecho supletorio. Cfr. DE ANGELO, R., Responsabilidad civil... cit., pp. 48 y 49. Sin embargo PANTALEON, F., Comentario al art. 1902 CC... cit., p. 1975 es todavía más tajante y sostiene que «desde la tesis de la *Anspruchsnormenkonkurrenz*, ha de resultar claro que el Juez, penal o civil, que conozca de la pretensión de responsabilidad extracontractual, es libre de aplicar, para estimarla, cualquier norma reguladora de la misma, se contenga en el Código Civil o en el Penal, y aunque no haya sido alegada por el perjudicado demandante (*iura novit curia*); con la única precisión de que la aplicación por el Juez civil de las normas del Código Penal en que se requiera la existencia de un "responsable criminal" (p. ej., arts. 21 y 22 CP), sólo será posible cuando exista una previa sentencia penal condenatoria». Más discutido es el problema que se produce cuando, habiéndose iniciado el proceso penal, no llega a dictarse en él sentencia condenatoria porque se ha extinguido la responsabilidad criminal del inculcado (por muerte, amnistía, indulto o prescripción del delito o falta, o cuando se paralice el procedimiento penal por rebeldía del procesado, o demencia sobrevinida del mismo). La víctima/ofendido puede entablar demanda de indemnización ante los Tribunales civiles. ¿Qué normativa y criterios de interpretación aplicará el juez civil? Según PANTALEON, F., Comentario al art. 1902 CC... cit., pp. 1975 y 1976, el Tribunal civil podría, en estos casos y de acuerdo a la doctrina del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión, aplicar las normas y criterios de interpretación contenidos en el Código penal. Sin embargo el citado autor reconoce que el problema carece de una solución satisfactoria y que la jurisprudencia se encuentra radicalmente dividida. Todos estos problemas se solucionarían con la unidad del régimen jurídico y de los criterios de interpretación propios de considerar el problema de la reparación del daño (indemnización) como un fenómeno unitario y estrictamente civil.

¹⁰ No obstante, y dada la finalidad perseguida con este trabajo, sólo nos referiremos a la responsabilidad por el hecho propio y por el hecho ajeno. Expresamente hemos querido excluir de este trabajo los supuestos legales de responsabilidad por el hecho de los animales (art. 1905 CC) y por el hecho de las cosas (arts. 1906-1910 CC), por cuanto es aceptado por la doctrina española que dichos supuestos han sido totalmen-

3. Responsabilidad civil por el hecho propio (art. 1902 CC y art. 19 CP)

Pieza fundamental de todo el sistema de responsabilidad extracontractual es el art. 1902 CC que señala: «El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»¹¹. Asimismo, el art. 19 CP señala que «toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente». En principio, los supuestos contenidos en ambas normas -y más aún el contenido en el Código punitivo- parten de la base de que el daño respectivo es la consecuencia directa e inmediata de la acción u omisión personal de un sujeto determinado (el demandado de responsabilidad civil o el inculpado como autor del delito o falta penal). Es decir, en ambos supuestos, sólo es responsable civilmente el que (autor, cómplice o encubridor) con dolo o culpa personales causó el daño respectivo.

Tradicionalmente, desde una perspectiva subjetiva de la responsabilidad civil, los llamados "elementos comunes o constitutivos" de la responsabilidad aquiliana han sido construidos y estudiados en torno a la llamada "responsabilidad por el hecho propio" regulada en el art. 1902 CC¹². Por ello la doctrina tradicional y la jurisprudencia

te modificados y superados por la jurisprudencia, en una interpretación extensiva y guiada por los criterios de una responsabilidad estricta. Además, tampoco nos detendremos en los regímenes especiales de responsabilidad objetiva, creados por leyes especiales, por cuanto escapan a los principios y normas del Derecho Común. Para un riguroso análisis de la responsabilidad por el hecho de los animales y de las cosas, ver DE ANGEL R., *Comentarios a los artículos 1905-1910 CC*, en Comentario del Código Civil, t. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones del M. de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2037-2054.

- 11 Similar a nuestros arts. 2314 y 2329 CC, que señalan respectivamente: «El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o el cuasidelito» y «Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta (...)».
- 12 RÜGEL VIDE, C. *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil español*. Civitas, Madrid, 1977, p. 53, señala que en el tratamiento dogmático de la responsabilidad civil es común que los autores hablen en general de los "elementos

española están de acuerdo en señalar que, para que surja esta obligación resarcitoria en el sujeto demandado, se requieren al menos tres requisitos esenciales: 1) la existencia de un daño concreto y determinado (patrimonial o moral); 2) que exista una acción u omisión culpable/dolosa y antijurídica del personalmente responsable; y 3) que exista una relación causal entre dicha acción u omisión y el daño respectivo.

En general, la responsabilidad *ex art. 1902 CC* supone la actividad (acción positiva) o inactividad (omisión) de un sujeto, de una persona capaz de dolo o culpa, que pueda querer y actuar por sí misma¹³.

Por otro lado, dicha acción u omisión debe ser imputable a dolo o culpa del autor. El dolo y la culpa son los criterios de imputación del daño propios del sistema clásico o tradicional de responsabilidad aquiliana¹⁴. El dolo civil es la intención positiva de causar daño a la

constitutivos" de la responsabilidad aquiliana, a propósito del art. 1902 CC y, por tanto, en relación a la llamada responsabilidad por el "hecho propio". Muchos autores niegan que estos "elementos constitutivos" deban concurrir también en las otras formas de responsabilidad extracontractual (v. gr. responsabilidad por el hecho de las cosas y/o de los animales) ya que en estos últimos supuestos existiría un claro cambio en el criterio de imputación y, también, por tanto, en las condiciones o requisitos para que proceda la responsabilidad respectiva. Sin embargo -señala el citado autor- otro sector de la doctrina española considera que dichos elementos "constitutivos" deben concurrir en todas las formas de responsabilidad aquiliana (v. gr., en la responsabilidad por el hecho ajeno, de las cosas o de los animales, por actividades peligrosas, etc.), ya que serían los requisitos esenciales y comunes a todos los supuestos de responsabilidad legalmente contemplados en el Código civil.

- 13 No obstante que la acción positiva o actividad (el *facere*) puede ser considerada, en teoría, como el prototipo del acto humano que causa daño, la omisión de una conducta jurídicamente exigible se ha transformado -en la moderna doctrina jurisprudencial española- en una de las más importantes fuentes de culpabilidad y de la consiguiente responsabilidad civil. Si a ello unimos una presunción de culpabilidad en contra del demandado, la situación de la víctima se puede ver muy favorecida, ya que para aquél es muy difícil probar -una vez ocurrido el daño- que no podía y/o no debía poner todos los medios necesarios para evitar ese daño concreto. ¿Quién determina el grado de obligatoriedad o necesidad en la conducta al sujeto demandado de responsabilidad civil?
- 14 La doctrina de la responsabilidad por culpa personal era la que estaba en boga en la época de la codificación europea y latinoamericana. La unanimidad de los Códigos

victima, en cambio la culpa es la no previsión de aquello que racionalmente podía preverse y evitarse es decir, la falta de aquella diligencia o cuidado que ordinariamente hubiera bastado para impedir el daño. La conducta culpable o negligente puede revestir múltiples formas y matices, dificultándose mucho su determinación. Por ello la apreciación de la culpa requiere un modelo de referencia, un canon de comparación que sirva al juez para decidir, en cada caso concreto, si ha habido o no comportamiento culposo. ¿Cuál es este modelo? ¿La diligencia propia, personal y habitual del agente directo del daño, o la que en abstracto se espera de un ciudadano medio, prudente y responsable? Este problema ha sido denominado por la doctrina como la apreciación "en concreto" o "en abstracto" de la culpa. Para los partidarios de la necesidad de apreciar la culpa "en concreto", el juez debe examinar la conciencia subjetiva de agente y sus hábitos personales de conducta pasada, de manera de poder determinar si aquel descuido o error de conducta es algo que se le puede reprochar moralmente. Esta postura es la más fácil de formular teóricamente -y se acerca mucho a los parámetros de la imputación moral del pecado-, pero muy difícil de aplicar en la práctica, pues obliga al juez a indagar sobre datos personales y subjetivos del agente que le son totalmente inaccesibles y cambian de persona en persona¹⁵. Por otra

civiles europeos (por ejemplo, art. 1382 *Code* francés de 1804, art. 1151 *Codice* italiano de 1865, art. 1902 CC español de 1889, art. 823 BGB alemán de 1900, etc.) y latinoamericanos (por ejemplo, art. 2314 y 2319 CC chileno, art. 1067 CC argentino, art. 2341 CC colombiano, art. 2065 CC de El Salvador, etc.) recogieron, como regla general del sistema de responsabilidad aquiliana, el criterio de la culpa subjetiva y personal. La responsabilidad por riesgo no fue conocida en aquella época y sólo tímidamente se esbosaron ciertos supuestos de presunciones de culpabilidad.

- 15 ¿Cómo saber si un individuo ha sido imprudente de acuerdo a los dictados de su propia conciencia y hábitos personales de conducta? Por ejemplo, supongamos que un médico, durante el desarrollo de una difícil y compleja operación, por un simple descuido cometido al utilizar su bisturí, corta una importante arteria y causa la muerte de su paciente. Su conciencia individual nada le reprocha, por cuanto aquello fue un simple accidente o caso fortuito, a cualquiera -incluso al más hábil de los cirujanos- le podía haber ocurrido algo semejante. El considera subjetivamente que estuvo a la altura de las circunstancias pues puso todos los medios que tenía a su alcance para prevenir y evitar el daño. Según esta teoría, habría que declarar exento

parte, la adopción de este criterio de apreciación encierra una cierta injusticia pues la víctima se vería impedida de obtener reparación si el demandado prueba que su actuar dañoso es parte de su personal normal y habitual forma de ser y actuar. Además, con ello, se incentivaría la excesiva confianza de los sujetos en sus propia y actual diligencia, sin estimularles a aumentar su preparación y grado de cuidado en un mundo cada día más complejo y peligroso. La segunda de las soluciones -apreciar la culpa "en abstracto"- es hoy la más aceptada por la doctrina y la jurisprudencia españolas. El juez civil no debe escudriñar el carácter individual y la conciencia personal/subjetiva del agente dañador, sino que debe comparar objetivamente dicha conducta (acción u omisión) con aquella otra que habría adoptado un tipo abstracto de hombre ideal (por ejemplo, el "buen padre de familia", "el hombre razonable y prudente", "el hombre recto y seguro de sus actos", etc.)¹⁶ Estos conceptos abstractos o arquetipos objetivos de conducta constituyen una primera e importante objetivación de la responsabilidad civil pero, a su vez, dejan gran amplitud al juez para apreciar las circunstancias y determinar si concurre o no la culpa respectiva.

Sin embargo, y aunque el juez debe comparar la conducta del agente con un parámetro objetivo, éste cambia de acuerdo a los tiempos, lugares y circunstancias donde se desarrollan los hechos. Por ello, el contenido particular o singular del arquetipo objetivo de conducta también cambia, no siendo fácil determinar *a priori*, y con cierta precisión, el concepto de culpa o negligencia civil. Son la doctrina y la jurisprudencia las que con mayor precisión podrán determinar -en el caso concreto- los criterios objetivos para definir cuándo una acción y omisión es diligente y cuándo no lo es.

Las demandas civiles de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual casi siempre se fundan en la culpa o negligencia del agente directo del daño; muy rara vez se fundan en el

de toda responsabilidad civil a este médico aunque, quizá, otro médico más atento y preparado, hubiese podido impedir el hecho dañino.

¹⁶ Cfr. DE ANGEL, R., La responsabilidad civil... cit., p. 106.

dolo del mismo, por cuanto, si existe una intención positiva y concreta de causar daño, la víctima acudirá a la vía penal. En efecto, es poco común en la jurisprudencia española encontrar actos que, a la vez, sean dolosos, dañosos y no punibles; en cambio son infinitos los casos de actos culposos que no constituyen delito o falta de imprudencia o, más exactamente, que no son juzgados como tales.

Por otro lado, la regla general -al igual que en Chile- es que la víctima demandante deba probar el daño, la culpa personal del demandado y la relación causal entre lo primero y lo segundo. Ello se desprende de las reglas generales en materia de carga de la prueba (art. 1214 CC)¹⁷

Sin embargo, en España se ha producido un importante proceso de objetivación jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual. Esta evolución la ha realizado el Tribunal Supremo a través de lo que Rogel Vide¹⁸ ha denominado "expedientes jurisprudenciales paliativos de la responsabilidad por culpa" y lo que Cavanillas Mugica¹⁹ ha resumido bajo el nombre de "instrumentos jurisprudenciales de la objetivación". Estos "expedientes objetivadores" de la responsabilidad civil han sido múltiples y se han aplicado a las más diversas circunstancias, incluyendo, por de pronto, al hecho o acto personal (responsabilidad por el "hecho propio").

El primero -y quizá el más importante y extendido- ha sido la inversión de la carga de la prueba (de la culpa) contra el agente directo del daño. En principio, y de acuerdo a las reglas generales en materia de carga de la prueba (art. 1214 CC), es la víctima la que debe probar no sólo el daño y su autoría (relación de causalidad entre el acto y el daño), sino también la culpabilidad o negligencia del agente directo. Sin embargo, el Tribunal Supremo español no sólo

17 El art. 1214 CC español semejante a nuestro art. 1698 CC.

18 ROGEL VIDE, C., ob. cit., pp. 92-110. En el mismo sentido O'CALLAGHAN, J., *Los presupuestos de la obligación nacida del acto civil: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual*, en *Actualidad civil*, 1987, pp. 1 y ss.

19 CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Arauzadi, Pamplona, 1987, pp. 37-123.

acude y aplica las presunciones legales de culpa, sino que establece - como regla general- un verdadero sistema de presunciones judiciales de culpa. Por ello, es hoy regla general en España que la culpa del demandado se presume y deba él acreditar su total y absoluta diligencia respecto de la causación del daño respectivo.

Esta evolución experimentada por el Tribunal Supremo en la interpretación del art. 1902 CC ha sido magistralmente descrita por Díez Picazo de la siguiente forma. «Cuando el daño ha sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual la persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte, de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que es éste el que tiene que probar que adoptó todas las medidas de precaución para evitar el daño. De la prueba de la culpa por los demandantes, se pasa así a la prueba de la diligencia por el demandado. El giro encuentra su fundamento en la llamada teoría del riesgo: se entiende que aquella persona que dentro de la vida social crea, en su propio beneficio, una situación de riesgo o de peligro, debe también pechar con lo incómodo que esta situación acarrea (...). En el fondo, sin embargo, por debajo de ese fundamento doctrinal, tal vez esté latiendo una intuitiva preocupación, que es, a mi juicio, la raíz última del nuevo derecho de daños: la necesidad social de defender y de amparar a la persona frente a un maquinismo industrial desencadenado en beneficio de determinadas partes de la sociedad, y sólo indirectamente de la totalidad de ella»²⁰

El Supremo no aceptó esta solución en los primeros tiempos de vigencia del Código civil porque el máximo Tribunal impedía las graves injusticias que el maquinismo industrial estaba introduciendo en la sociedad, a través de una generosa aplicación de las presunciones judiciales. Pero cuando los daños se hicieron cada vez más frecuentes y, correlativamente, la causación de los mismos ocurría con ocasión del desempeño de actividades peligrosas, el viejo remedio no

20 DÍEZ-PICAZO, L. *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Tecnos, Madrid, 1966 pp. 27 y 28.

bastó y la jurisprudencia comenzó a admitir, como suficiente prueba, la simple verosimilitud o probabilidad de la culpa, para acabar presumiendo ésta mientras el agente del daño no demuestre su plena diligencia²¹.

Por otro lado, el Tribunal Supremo español ha ido exigiendo un cada día más alto grado de diligencia, haciendo de la culpa un concepto absolutamente hipertrofiado. Así se explica, por ejemplo, que el máximo Tribunal español haya acudido a los parámetros del art. 1104 CC, si bien poniendo el acento en la «omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de tiempo, lugar y persona»²²

Asimismo, y como tercer expediente objetivador, la jurisprudencia ha establecido que el cumplimiento formulario de las disposiciones administrativas o reglamentarias respecto de una determinada actividad que causa daño, no excluye por sí solo la culpa y la consiguiente responsabilidad civil del demandado. El Supremo está de acuerdo en que, para estar exento de culpa o negligencia, no es suficiente «acreditar por el causante del daño, que ha actuado con sujeción a las disposiciones reglamentarias afectantes al caso, porque cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables, no han ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y que falta algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia»²³

21 Ver la gran cantidad de sentencia del Supremo en este sentido, citadas por DE ANGEL, R., *La responsabilidad civil...* cit., pp. 61 y 62.

22 Art. 1104-1 CC. Cfr. STS (1ª) de 29-V-1972 (A. 2590) y las sentencias que allí se citan.

23 STS (1ª) de 12-II-1981 (A. 530) entre otras. Ver sentencias citadas en este sentido por DE ANGEL, R. *La responsabilidad...* cit., pp. 62 y 63. Por ello, el requisito de la antijuridicidad de la conducta del agente directo del daño -como un actuar contrario a la norma prohibitiva o imperativa-, se ha ido desvaneciendo en la práctica, por cuanto la responsabilidad civil surge incluso si la actividad del agente fue totalmente lícita. «Es errónea -dice la STS (1ª) de 08-XI-1977 (A. 4169)- la tesis de que no incurre en responsabilidad derivada de culpa o negligencia, quien se halla respaldado por una legalidad y su actuación es conforme con el Derecho establecido, porque tal

Por último, la jurisprudencia moderna ha señalado que el grado de diligencia -mayor o menor previsibilidad del eventual daño- exigible al demandado depende del sector del tráfico empresarial o ámbito de actividad en la cual se causó el daño. No es lo mismo el daño causado con ocasión del uso privado del vehículo a motor (v. gr.: al ir a comprar alimentos al supermercado) que con ocasión del uso empresarial del mismo (v. gr.: al utilizar camiones para transportar las mercaderías del mismo supermercado hacia sus filiales); en el primer caso, el nivel de diligencia es menor por cuanto en el segundo existe una mayor posibilidad de que se produzca un accidente con daños a terceros, ya sea por la continuidad del acto o actividad (periodicidad) o por la peligrosidad del medio empleado. Así, por ejemplo, la STS (1ª) de 09-IV-1963 (A. 1964) definió culpa como «la omisión de la diligencia exigible en el tráfico, mediante cuyo empleo podía haberse evitado un resultado no querido»; y respecto de la previsibilidad del daño, agregó que es preciso que el resultado dañoso «haya sido previsto como posible, o que haya tenido que ser previsto; verosimilitud del resultado que no puede ser tan pequeña que, incluso una persona que obre conforme a sus deberes, no le hubiera hecho desistir de la acción». Asimismo, la STS (1ª) de 23-III-1982 (A. 1123) dijo que «hay que atender, no sólo a la diligencia exigible según las circunstancias de tiempo, lugar y persona, sino además, al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecte, y determinar si el agente obró con cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión necesarias, con vistas a evitar el perjuicio de bienes jurídicamente protegidos, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social, determinado por la función de esta conducta en la vida común».

tesis permitiría amparar actos u omisiones productores de un daño previsible, que, por serlo, el artículo 1902 considera (...) generadores de una responsabilidad, para cuya existencia no es necesaria la previa ilicitud».

4. Responsabilidad civil por el hecho ajeno (art. 1903 CC y arts. 20 regla 1º, 21 y 22 CP)

La responsabilidad criminal, sancionada generalmente con penas privativas o restrictivas de libertad personal, supone siempre un hecho propio y personal del inculpado. Por ello, no cabe una responsabilidad propiamente criminal "por el hecho ajeno", es decir, que se imponga una pena a persona distinta del personalmente culpable del delito o falta. En cambio, la responsabilidad civil -y la obligación civil indemnizatoria consiguiente- sí puede surgir o imponerse sobre persona distinta del agente culpable (y autor directo del daño) cuando existe una causa que así lo justifique.

Es aquí donde claramente se percibe la radical diferencia entre la responsabilidad civil y la penal. Sólo la primera puede recaer en persona distinta del autor o agente directo del daño -que no ha tenido participación culposa en el mismo-, por cuanto su fundamento es el perjuicio injustamente causado a una víctima inocente y su función es fundamentalmente compensatoria o resarcitoria (y no preventivo-punitiva). En cambio, si el delito o falta causa daño a terceros, las penas establecidas taxativamente en el Código penal para sancionar dicho ilícito (por ejemplo, la prisión, la deportación, el exilio, etc.), sólo serán aplicables al que con dolo o culpa personal incurrió en la conducta ilícita y causó el daño respectivo (agente directo del daño), pero no al tercero civilmente responsable que -por regla general- no ha tenido participación alguna en el delito como autor, cómplice o encubridor²⁴.

El pago de la indemnización es una cuestión estrictamente civil y que puede recaer sobre persona distinta del criminalmente responsable, de acuerdo a criterios de imputación que expresamente se

²⁴ Además, no todo ilícito penal (delito o falta tipificado por la ley y que merece una pena determinada) genera responsabilidad civil en el inculpado o delincuente (autor, cómplice o encubridor), ya que existen múltiples situaciones en las cuales el ilícito penal no causa daño o perjuicio alguno (por ejemplo, los llamados delitos de peligro, las tentativas penadas por la ley, etc.)

recojan en la ley, algunos de los cuales pueden ser totalmente distintos a la culpa subjetiva del agente.

Así, el art. 1903-1º CC español -similar a nuestro art. 2320 CC- señala que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder». Luego enumera las personas que pueden llegar a ser civilmente responsables por el hecho ajeno: a) los padres por el hecho de los hijos que se encuentran bajo su guarda; b) los tutores por el hecho de los menores o incapacitados que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía; c) los empresarios por el hecho de sus empleados o dependientes; y d) los titulares de Centros docentes por el hecho de los menores de edad que estén bajo el cuidado de su profesorado realizando actividades escolares y extraescolares o complementarias²⁵.

Por otra parte, también en virtud de la ya criticada dualidad de regímenes legales, el Código penal español contempla supuestos de responsabilidad civil por el hecho ajeno, es decir, casos donde debe responder civilmente una persona distinta del agente directo del ilícito penal. Así, el art. 20 regla 1ª CP establece que son civilmente responsables por los daños cometidos por el enajenado, el menor de diez y seis años y el sordomudo «los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no constar que no hubo por su parte culpa o negli-

25 La Ley 1/91 de 7 de enero de 1991 modificó el art. 1903 CC y, junto con crear un nuevo centro y criterio de imputación, eliminó un importante supuesto de responsabilidad por el hecho ajeno que ya se encontraba tácitamente derogado bajo la legislación vigente: la responsabilidad civil del Estado por el hecho de sus agentes y funcionarios (antiguo art. 1903-5 CC). Aunque la responsabilidad patrimonial de la Administración constituye -en muchos casos- un claro ejemplo de responsabilidad civil por el hecho ajeno (y concretamente, obedece a los esquemas de una responsabilidad vicaria), no nos detendremos a explicarla aquí, por cuanto está -desde hace ya muchos años- reglada íntegramente en leyes especiales y sujeta a un régimen de Derecho público. Advertimos, desde luego, que la responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido declarada en España -hasta la fecha de promulgación de esta reciente ley- por los Tribunales civiles, mediante la aplicación directa del art. 1903 CC. Sobre los problemas y conflictos de competencia que ello ha suscitado, nos referiremos sólo tangencialmente en el momento oportuno. Para un cuidado análisis de esta cuestión ver PANTALEÓN, F., *Responsabilidad civil. Conflictos de jurisdicción*, Civitas, Madrid, 1985.

gencia». Asimismo, el art. 21 CP establece una especial forma de responsabilidad subsidiaria *ex recepto* del empresario y el art. 22 CP una responsabilidad subsidiaria por el hecho o culpa de sus dependientes²⁶.

Siempre se ha visto la necesidad -al menos doctrinal- de justificar el porqué una persona debe pagar los daños causados por otra. Y ello, porque la responsabilidad por el hecho ajeno parece quebrar -a primera vista- dos principios que se consideran los pilares inamovibles de todo el sistema de responsabilidad extracontractual: a) que cada cual sólo debe responder por su propia conducta personal; y b) que sólo se puede ser civilmente responsable cuando se ha probado dolo o culpa personales (el dolo y la culpa son una forma del actuar humano, exclusivamente personal e intransmisible, en las cuales no se puede incurrir por delegación, mandato o representación).

Por ello, hasta época reciente, la doctrina española -tanto civil como penal- vino entendiendo que los citados preceptos configuraban una responsabilidad por hecho ajeno fundada en una culpa *in eligendo, in vigilando, in educando* de los padres, tutores, maestros o empresarios, es decir, éstos eran personal y directamente responsables frente a la víctima porque no tuvieron la suficiente diligencia en el cuidado, vigilancia, educación, instrucción, dirección o control del hijo, menor, incapacitado, alumno o dependiente a su cargo. Sea o no culpable el agente o causante directo del daño, si está sometido a dependencia o vigilancia, las consecuencias dañosas de sus actos van a recaer (también) sobre otra persona que hubiera debido vigilar (o elegir) mejor y no lo hizo. En todos estos casos, la víctima puede, a su elección, dirigirse directamente contra el civilmente responsable.

26 Todas estas reglas son, quizá, la mejor prueba para demostrar que esta clase de responsabilidad -reglada en el Código penal- es estrictamente civil, porque se impone, incluso, sobre una persona totalmente inocente del delito o falta penal. Por ello concordamos plenamente con PANTALEON, F., Comentario al art. 1902 CC... cit., p. 1976 en el sentido de que si se desea conservar la competencia de los Tribunales penales en la materia (de exquisita naturaleza civil), estas normas de responsabilidad deberían ser sustituidas por una simple remisión del Código penal a los preceptos del Código civil (reformándolos si se estima necesario)

contra el agente directo del daño (si es civilmente imputable) o contra ambos a la vez.

Ahora bien, al menos en principio, si el demandado fue diligente y vigiló o eligió bien al causante directo del daño, no incurre en responsabilidad civil. Por ello el art. 20 regla 1ª CP dice que hay responsabilidad civil del principal «a no constar que no hubo por su parte culpa o negligencia» y el art. 1903 *in fine* CC agrega que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». Es decir, ambos ordenamientos fundan la responsabilidad del civilmente responsable en una presunción *iuris tantum* de culpa y le otorgan una clara prueba liberatoria (acreditar que fue enteramente diligente en la elección, dirección, control, vigilancia o educación del agente directo del daño)²⁷.

Estas concepciones culpabilísticas -como lo veremos a continuación- han venido experimentando una notable transformación en la doctrina y en la jurisprudencia españolas de los últimos decenios, impulsados, quizá, por una no del todo precisada doctrina del riesgo creado y por la necesidad social de no dejar desamparadas a las víctimas inocentes.

4.1. La responsabilidad de los padres y tutores (art. 1903-2 y 3 CC y art. 20 regla 1ª CP)

El art. 1903-2 CC, reformado por la ley de 13 de mayo de 1981, dispone que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda»; y el inciso tercero agrega que «los tutores lo son [irresponsables] de los perjuicios causados por los menores e incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía». Asimismo, el art. 20 regla 1ª CP establece lo

²⁷ Distinta es la situación reglada en los arts. 21 y 22 CP en los cuales la responsabilidad civil del empresario es plenamente objetiva ya que no se le reconoce prueba de haber empleado la diligencia de un "buen padre de familia" para evitar el daño.

siguiente «En casos 1º 2º y 3º [exención de responsabilidad penal del agente directo del daño ex art. 8 CP], son responsables civilmente, por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años o el sordomudo, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no contar que no hubo por su parte culpa ni negligencia»²⁸

Como se puede apreciar fácilmente, ambas disposiciones legales, siguiendo el ejemplo de las legislaciones de inspiración latina, establecieron una presunción *iuris tantum* de culpa contra los padres y tutores, por los daños causados por sus hijos y menores o incapacitados sujetos a su guarda. El fundamento tradicional de esta responsabilidad civil se ha buscado en una culpa personal de los padres y tutores (*in vigilando e in educando*), según el esquema presuntivo establecido por los Códigos civil y penal. Por ello dicha responsabilidad cesa si éstos logran probar una adecuada y diligente educación y vigilancia del agente directo del daño (art. 1903 *in fine* CC y última parte del art. 20 regla 1ª CP). La doctrina española ha señalado mayoritariamente que el posible fundamento de tal responsabilidad civil es la culpa *in educando* de los padres, por cuanto si el hijo causó un daño, ello se debe a una mala educación o a la falta de la instrucción necesaria²⁹

28 Con ocasión de este artículo del CP, se ha suscitado en España un importante problema hermenéutico: ¿qué sucede si el daño fue causado por un menor de 18 años pero mayor de 16?, es decir, daño causado por un incapaz civil pero capaz penal y que ha sido sometido a proceso penal ante la jurisdicción respectiva. Para los partidarios de que el juez penal -cuando conoce de una responsabilidad civil "derivada de delito" -sólo puede aplicar las normas del Código penal, y como este caso, el menor es penalmente responsable (y por tanto no se incluye dentro del supuesto del art. 20 regla 1ª CP), la víctima no podría dirigirse contra los padres ex CP ni ex CC; con esto sólo responde el menor de 18 y mayor de 16 años, de cuya posible -y casi segura- insolvencia carga la víctima. En cambio, para los partidarios de la doctrina del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión, la víctima sí podría invocar ante el juez penal el art. 1903-2 CC y dirigirse directamente contra sus padres por culpa *in vigilando*, pues el Juez penal puede aplicar el Código civil en virtud del principio *iura novit curia*.

29 Según el art. 154 CC español, la patria potestad (que ostentan conjuntamente el padre y la madre) lleva consigo el deber de educar a los hijos y procurarles una

Sin embargo, actualmente, algunos autores han criticado esta postura por considerarla ficticia dado el actual estado de cosas en la organización de la vida familiar y social. Así Cavanillas Mugica sostiene que «históricamente la culpa *in educando* aparece totalmente emparejada con la *in vigilando* como fundamento o *ratio legis* de la responsabilidad civil de los padres. Una parte de la doctrina moderna, sin embargo, se opone a que se considere también presunta esta culpa. En el derecho comparado es, el de la educación, un criterio en decadencia; encuentro justificada esta tendencia por varias razones: 1º El sentido de la educación variado importantemente desde el siglo XIX hasta nuestros días. Hoy no es tan fácil y automática la imputación de todo defecto de educación a los padres: -Por obra del actual desarrollo de los medios de comunicación social, así como la evolución de la escuela hacia formas más educadoras y menos instructoras, el ofrecimiento al menor de múltiples y variadas influencias o modelos, resulta inevitable. En antiguas sentencias se solía reprochar a los padres el no haber ofrecido a los hijos un buen modelo a seguir con su propia conducta (...). El, sin duda, importante papel educativo de los padres resulta necesaria e importantemente interferido. Por ello, cada vez está menos justificada una presunción de culpa *in educando*. -Pero no se trata sólo de que no puedan evitarse estas interferencias, sino que la sociedad nos propone hoy, como modelo educativo, el de, no sólo no evitar tales influencias extrañas a la propia familia, sino fomentarlas. Este método educativo es más arriesgado que el clásico, pues entre las múltiples ofrecidas al menor, las habrá buenas y malas, y éstas, como extrañas que son, resultan de casi imposible control (¿o no entraría aquí el problema de la droga y los menores de edad?) No dudo que estos inconvenientes resultan ampliamente compensados, pero ¿por qué han de correr los

formación integral, lo que supone el deber de cuidarles. Por otro lado, conforme al art. 269 CC, «el tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular, () N° 2. a educar al menor y a procurarle una formación integral». Por eso, en la institución de la tutela va también implícita la obligación de educar y cuidar a los sujetos a ella. Estos principios constituyen, al menos históricamente, el fundamento de la responsabilidad civil del padre, madre o tutor por los perjuicios causados por sus hijos, menores o incapacitados sujetos a tutela.

padres con los riesgos (pues a mayor libertad, mayor "peligrosidad extracontractual") del modelo educativo que la misma sociedad les propone/impone? ¿No es más justo que sea ella quien los padezca? - Otro dato a tener en cuenta es la progresiva e imparable "debilitación" de la potestad paterna

»2º En realidad, todos los supuestos normalmente considerados de culpa *in educando* son subsumibles dentro de la culpa *in vigilando*, pues no se trata tanto de que sea responsable por educar mal, sino por vigilar insuficientemente a quien sabe que tiene un defecto o particularidad de carácter (. . .) Con esto, en realidad, se amplía la conducta exigible a los padres: no sólo deben emplear unos medios especiales de vigilancia cuando su hijo no ha sido convenientemente educado, sino también cuando conocen o deben conocer que, sin haber defecto en la educación, su carácter ofrece una especial peligrosidad. Claro que, por aplicación del principio de la normalidad, se entiende que este carácter es regular, ordinario, mientras la parte dañada no pruebe lo contrario: ésta contará con el importante apoyo del *res ipsa loquitur* cuando el acto cometido por el menor tenga trascendencia delictiva.

»En definitiva, con este doble argumento, sociológico y lógico, entiendo superada no sólo la opinión que mantiene que la culpa *in educando* es presunta, sino la que acepta sin más, que existe *culpa in educando*. En mi opinión, ésta no existe. Los padres sólo son responsables de la educación frente a su hijo (cuyo interés la sociedad se encarga de tutelar), pero no frente a terceros. Respecto de éstos, le incumbe un deber de vigilancia que se presume infringido, y nada más»³⁰

No obstante lo señalado anteriormente, y quizá demasiado influenciados por la doctrina del riesgo creado, una parte de la moderna doctrina española mantiene una postura considerablemente objetivista respecto de la responsabilidad civil de los padres³¹ y el

³⁰ CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación. cit., p. 113-115.

³¹ Por ejemplo, LEÓN GONZÁLEZ, J.M., *La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad*, en Estudios de Derecho Civil en honor del

Tribunal Supremo se ha sumado a esta tendencia.³² Según Cavanillas³³, si se analiza con detención la responsabilidad civil de los padres en la jurisprudencia española, llama poderosamente la atención que el proceso de objetivación de dicha responsabilidad es incluso más patente y claro que el de la responsabilidad del propio empresario.

Esta evolución dista mucho de ser justificada por variados y decisivos factores. Desde el punto de vista de la vigilancia, y en las postrimerías del siglo XXI, la responsabilidad de los padres está mucho menos justificada que en el siglo pasado o antes. Ello es así, tanto en el aspecto de la posibilidad de su ejercicio como en el de su conveniencia. En cuanto a la posibilidad real de controlar y vigilar a los hijos, Pantaleón explica que «el Código Civil de 1889 contemplaba a unos menores que no tenían derecho al libre desarrollo de la personalidad; sometidos a una patria potestad "tiránica", que estaban siempre bajo la vigilancia de alguien: su criada (el Código civil no pensaba en los hijos de los pobres; además trabajaban en las fábricas, y en su caso respondería el empresario), o su madre (que no trabajaba nunca fuera de su casa), o su padre (que a lo mejor tenía la suer-

Profesor Castán Tobeñas, t. VI, Eunsa, Pamplona, 1969 p. 288, señala que la responsabilidad de los padres no se basa en una presunción de culpa *in educando* o *in vigilando* sino en los especiales deberes de cuidado inherentes a la patria potestad y, por ello, la prueba liberatoria consiste en la demostración que el hecho del menor es un acontecimiento atípico en relación al ámbito de control del padre, es decir, que el daño se ha producido por una causa extraña y no previsible en los límites normales dentro de los que opera esa garantía de resarcimiento vinculada a la patria potestad (o a la tutela). Aquí se nota -pensamos- una nefasta influencia de los modernos desarrollos doctrinales respecto de la responsabilidad del empresario, aplicados a un supuesto cuya actual realidad cultural y social es total y absolutamente diferente.

32 Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación... cit., pp. 104-108. Ver las sentencias citadas y comentadas por DE ANGEL, R., *Comentario al art. 1903*, en *Comentario del Código Civil*, t. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones del M. de Justicia, Madrid, 1991 pp. 2008-2013, que llevan a concluir que, según la reciente doctrina jurisprudencial española, la responsabilidad de padres y tutores es prácticamente objetiva.

33 CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación...* cit., pp. 104-108.

te de no tener que trabajar); que no salían de noche, ni conducían motocicletas, y cuyos bienes usufructuaba el titular de la patria potestad. Pues bien, con todo eso, se limitó a establecer una responsabilidad de éste que, aunque con inversión de la carga de la prueba, era una inequívoca responsabilidad por culpa. Hoy el panorama es radicalmente opuesto, en "perjuicio" de los padres. ¿Tiene, entonces, sentido que el Tribunal Supremo "supere" el criterio del legislador en orden a agravar su responsabilidad haciéndola "objetiva"? Se nos dirá: "Los menores son ordinariamente insolventes, y las inocentes víctimas deben ser indemnizadas". Pero ¿por qué merecen mejor trato las víctimas de los menores insolventes que la de los mayores insolventes? (...) Si los padres han incurrido en culpa *in vigilando* (lo que es sensato presumir cuando el menor es de corta edad), bien está que respondan. Pero si no ha sido así, ¿por qué preferir a la víctima inocente frente a los padres también inocentes? (...) Lo he dicho en otra ocasión: no tengo nada en contra de que las víctimas inocentes sean indemnizadas; pero el problema es quién debe pagar la indemnización y por qué. No hay ninguna razón de justicia, a mi juicio, por la que los padres inocentes tengan hoy que responder por los hechos dañosos de sus hijos menores (al menos a partir de una cierta edad)»³⁴.

Como apuntábamos más arriba, la situación es hoy muy distinta por cuanto se ha dificultado muchísimo -hasta casi llegar a desaparecer (sobre todo a partir de cierta edad)- la posibilidad real que tienen los padres de ejercer una vigilancia y un control efectivo sobre la actividad y comportamiento de sus hijos (sobre todo a partir de cierta edad). Y no sólo ha aumentado la dificultad de ejercer la vigilancia, sino que, de acuerdo a las modernas prácticas educativas, no es conveniente que ejerzan sobre los hijos un control tan severo. Cada día se recomienda una más pronta escolarización (y de allí la importancia práctica de supuesto contemplado, en el actual art. 1903-5 CC español), una vida social, cultural y deportiva más intensa, etc. El

³⁴ PANTALEÓN, F., *Comentario a la sentencia de 22 de septiembre de 1984*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n. 6, 1984, p. 1990.

sistema educativo moderno tiende a que el hijo adquiera una pronta madurez y una sana independencia de los padres. Por ello, este proceso de paulatina objetivación de la responsabilidad de los padres no encuentra una justificación social adecuada y va contra la realidad de las cosas³⁵

En los últimos tiempos, cierta doctrina española ha señalado que, para atribuir responsabilidad a los padres o al tutor es importante considerar la edad del menor o del incapacitado causante directo e inmediato del daño. Así, por ejemplo, Díaz Alabart³⁶ propone la adopción del criterio insinuado en las doctrinas francesa e italiana, en orden a exonerar a los padres de los daños ocasionados por los llamados "grandes adolescentes" o "grandes menores", esto es, aquellos cuya edad se acerca a la de la mayoría de edad legal (penal o civil). Se trataría de una categoría jurídica sin límites fijos y sería el juez el que debe estimar en cada caso si el agente directo del daño está o no dentro de ella. Estos "grandes menores" tienen capacidad de entender y querer, y el ordenamiento les concede una esfera de actuación cada vez más amplia, correspondiéndose a la propia realidad social de los tiempos presentes.

Pero, qué sucede con la responsabilidad personal del agente material y directo del daño (menor o incapaz sujeto a tutela). ¿Puede la víctima dirigir su acción indemnizatoria directamente contra ellos? El problema que aquí se plantea consiste, sobre todo, en determinar si los menores o incapaces responden con su propio patrimonio del daño causado a la víctima.

El Código Civil español -a diferencia del chileno (art. 2319 CC)- no contiene reglas relativas a la capacidad para cometer delitos o

35 La doctrina comparada se pronuncia mayoritariamente por considerar esta responsabilidad como basada en la culpa (presunta) de los padres/tutores, pero no es posible encontrar en ella -ni en la jurisprudencia- una tendencia objetivadora tan marcada como en España, sino sólo la "predisposición" a declarar la responsabilidad de los padres/tutores respecto de los daños causados por niños de muy corta edad, por cuanto su grado de autonomía es casi nulo (consecuencia de la culpa *in vigilando*). Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación... cit., p. 103.

36 DIAZ ALABART, S. La responsabilidad... cit., pp. 795-894.

cuasidelitos civiles. Por ello, dichas reglas deben deducirse del Código penal. En primer término, si el menor o sujeto a tutela es mayor de 16 años, y plenamente capaz de responsabilidad penal, es claro que sí responde civilmente de acuerdo al art 19 CP. Pero qué sucede en los casos donde el agente directo del daño ha sido declarado exento de responsabilidad penal por ser menor de 16 años, sordomudo o demente. Es claro que responden sus padres ex art. 20 regla 1ª CP (culpa *in vigilando*). ¿Pero pueden llegar responder ellos con su propio patrimonio personal? Según De Angel «por lo que respecta a menores de 16 años y dementes, la doctrina mayoritaria opina que los daños causados por ellos determina la puesta en juego del criterio del art. 20 CP [regla 1ª, segundo párrafo], en cuya virtud, no habiendo persona que tenga al loco o demente bajo su potestad, o siendo aquéllos insolventes, responderán con sus bienes los mismos enajenados o que se hallaren en situación de trastorno mental transitorio, menores o persona que desde el nacimiento o desde la infancia tengan alterada gravemente la conciencia de la realidad (...) En efecto, parece la más fundada esta tesis de que el menor y el loco responden personalmente cuando produjeren un daño que se habría podido evitar observando la diligencia exigible, si sus guardadores se hallen exentos de la obligación de reparar»³⁷.

Pantaleón³⁸ también sostiene la responsabilidad personal del menor en los casos citados, pero esta responsabilidad no sería siem-

³⁷ DE ANGEL, R., Comentario al art. 1903, cit., p. 2012. Por ello DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, v. II, 5ª ed. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 589 y 590 sostienen que «la acción del perjudicado es directa contra los padres. Pero puede demandar también al mismo menor (de 16 años) que estará debidamente representado en el proceso, para que sea condenado a soportar sobre su patrimonio la reparación del daño, aunque en forma subsidiaria, en otras palabras, para el caso de ser insolventes los padres o que demuestren la ausencia de culpa de su parte (...). Al igual que ocurre con los padres, el patrimonio del incapacitado responderá cuando no haya persona que lo tengan bajo su guarda legal (o cuando pruebe que está exento de culpa) o sea insolvente (art. 20, regla 1ª, Código Penal)». Ver también LACRUZ, J. L., SANCHEZ, F., DELGADO, J. y RIVERO, F., ob. cit., t. II, v. p. 571.

³⁸ PANTALEÓN, F., *Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1983*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil n. 2, 1983, pp. 452 y ss

pre del mismo tipo o clase. Se debe hacer una importante distinción. Si se trata de un *menor civilmente imputable*, su responsabilidad directa no es objetiva sino por culpa personal ex art. 1902 CC, ya que tienen la suficiente madurez como para entender lo que significa socialmente "no dañar a otro". Por ello -según el autor- la responsabilidad personal del *menor civilmente imputable* (con discernimiento) no es subsidiaria sino solidaria (y por tanto directa frente a la víctima) con la de los padres y guardadores. Por el contrario, advierte, si el *menor es civilmente inimputable* (falta de total discernimiento e incapaz de culpa civil), su responsabilidad será objetiva (porque no pueden incurrir en culpa) y subsidiaria (sólo frente al caso de que los padres o guardadores falten, prueben su total diligencia o sean insolventes). Pero advierte este autor, que la conducta del menor civilmente inimputable debe ser al menos objetivamente negligente por cuanto sería arbitrario e injusto tratarle peor que a los demás agentes de un daño.

4.2 *La nueva responsabilidad civil del titular del Centro docente (actual art. 1903-5 CC y art. 22-2 CP)*

La reciente Ley 1/91 de 7 de enero suprimió el antiguo inciso sexto del art. 1903 CC, esto es, el relativo a la responsabilidad civil de los «maestros o directores de artes y oficios respecto por los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices mientras permanezcan bajo su custodia»³⁹, y los sustituyó por el novedoso y actual inciso quinto que señala «Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». Además, dicha reforma -fiel a la dualidad de regímenes legales- agregó un nuevo

³⁹ Similar a nuestro art. 2320 inciso 5º CC que establece la responsabilidad de los jefes de colegios y escuelas por el hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado.

inciso al art. 22 CP (actual segundo) que señala lo siguiente. «Igualmente será extensiva dicha responsabilidad subsidiaria a las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo, menores de dieciocho años, durante los períodos en que dichos alumnos se encuentren bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias»⁴⁰.

Durante la vigencia del antiguo art. 1903-6 CC español, la responsabilidad de los profesores y maestros se fundaba -también de acuerdo al sistema de culpa presunta establecido en el propio Código- en una culpa *in vigilando* de los mismos⁴¹. Por esta razón ellos podían -en teoría- eximirse de toda responsabilidad civil si lograban acreditar que habían actuado con toda la diligencia de un buen padre de familia para intentar evitar el daño. Decía De Angel que «esta última forma de responsabilidad por hecho ajeno encuentra su fundamento en las funciones de vigilancia que incumben al docente

40 La dualidad de regímenes legales existente en España en relación a la responsabilidad aquiliana -Código civil y Código penal- determinó que esta modificación también contemplara -para idéntico supuesto- dos sistemas jurídicos algo diversos entre sí. Por una parte, el art. 1903-5 CC estableció una responsabilidad *directa* y estricta del titular del Centro docente por los daños causados por sus alumnos menores, mientras éstos realicen actividades escolares o extraescolares y complementarias, bajo la vigilancia y control del profesorado del centro. En cambio, el art. 22-2 CP estableció una responsabilidad estricta pero *subsidiaria* del titular del Centro respectivo. Por ello, en este último régimen, es el alumno menor de edad (pero mayor de 16 años) el directa y exclusivamente responsable pues sólo frente a su insolvencia personal opera la responsabilidad del titular respectivo. ¿Por qué se mantiene una dualidad de regímenes frente a un idéntico supuesto de hecho? ¿Cómo se compatibilizan ambos sistemas?

41 Los antecedentes históricos de esta responsabilidad (hoy derogada) pueden encontrarse en DIAZ ALABART, S., *Un apunte histórico para la determinación de la responsabilidad de los maestros en el artículo 1903 CC*, en Libro Centenario del Código Civil, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 691-706. El CC chileno establece un sistema de responsabilidad de los profesores idéntico al recientemente derogado en España.

durante el tiempo en que sus discípulos permanecen bajo su dependencia, de acuerdo con la enseñanza de que se trate»⁴²

Antes de esta reciente modificación, frente al daño causado por un alumno⁴³, la víctima sólo podía demandar al profesor (y eventualmente al alumno, en forma solidaria, si éste era civilmente capaz de cometer ilícitos civiles, es decir, si era civilmente imputable). Era muy común que se le imputara al primero una culpa *in vigilando* totalmente genérica y -frente a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente inclinación de los tribunales a proteger a la víctima- se le condenara personalmente al pago de cuantiosas sumas.

Por ello, durante la vigencia de dicho inciso se levantaron duras críticas en su contra pues se veía en él un precepto anticuado y anacrónico. Así De Angel sostenía que «a nuestro entender, la responsabilidad [personal] del maestro o profesor concreto -cuando éste no es titular del centro docente- no tiene fácil acomodo en las características actuales de la enseñanza que, con frecuencia, encomienda la vigilancia de los alumnos, no a una persona determinada, sino a una organización de más o menos complejidad y de acuerdo con las directrices o instrucciones que la propia institución impone (...). Por otro lado, debe observarse que un buen número de centros docentes tienen hoy carácter estatal, siendo sus profesores funcionarios o empleados del Estado. Esta circunstancia permite poner en juego la doctrina de la responsabilidad de la Administración por el funcio-

42 DE ANGEL, R., *La responsabilidad civil...* cit., p. 190.

43 Es muy importante tener claro el supuesto reglado por esta norma. Se trata de daños causados por un alumno del colegio, establecimiento o centro docente, con total independencia de quién sea la víctima del respectivo daño: ésta puede ser otro alumno, un profesor del colegio, un padre de otro alumno, un tercero (p. ej., el museo dueño del cuadro roto por el niño que participaba de una "visita cultural" organizada por el colegio), etc. Por ello, este específico supuesto no contempla el caso de "autolesiones" sufridas por el alumno o lesiones recibidas por el alumno como consecuencia de la culpa de un profesor, del deficiente estado de las instalaciones deportivas, de la deficiente organización del sistema de comedores, de la mala organización de un viaje o campamento, etc. En estos últimos casos, la responsabilidad directa del centro docente técnicamente se debería fundar en la "responsabilidad por hecho propio" o por el "hecho del dependiente" o "de las cosas".

namiento normal o anormal de los servicios públicos. Además, la presunción de culpa que gravita sobre el profesor, a tenor del último párrafo del artículo 1903, amén de constituir un trato excesivamente severo para él -sobre todo en estos tiempos de enseñanza masificada-, puede convertirse en un freno para la práctica de actividades para escolares, tan recomendadas por la pedagogía actual. (...) En los últimos tiempos, las condenas a los directores y tutores de centros docentes por daños sufridos por alumnos de los mismos han suscitado la reacción de los medios profesionales afectados, que alegan que estos criterios judiciales pueden significar trabas a una escuela activa y abierta al entorno. Parece que la situación ha llevado a no pocos profesores a abandonar aquellas actividades que implican un mayor riesgo, como son determinados ejercicios gimnásticos, excursiones, prácticas en laboratorios, comedor escolar, etc.⁴⁴ En el mismo sentido se pronunciaba Díaz Alabart y concluía que «en vista de lo expuesto, parece oportuno encontrar nuevas fórmulas para establecer una responsabilidad de los maestros acorde a las circunstancias actuales. (...) En lo que toca a una posible reforma de nuestro vigente artículo 1903, 6º del Código civil, habría que entenderla dentro del marco general de la reforma de la responsabilidad civil extracontractual en nuestro Ordenamiento. (...). La responsabilidad de los maestros necesita contemplarse en concordancia con la situación descrita. La presunción de culpa que impone el art. 1903 del Código civil carece hoy de sentido para ellos. A los maestros habría que aplicarles simplemente la general del art. 1902 del Código civil, responsabilidad derivada de la culpa que no se presume; existencia de una negligencia efectiva y probada en el deber de educar y vigilar a sus alumnos, dentro de lo que sea posible exigir de acuerdo con las circunstancias en que desarrolla su trabajo. (...) Por otra parte, resulta absurdo aplicarles la teoría del riesgo creado, pues no son

44 DE ANGEI, R., *La responsabilidad civil*, cit., p. 191.

sino simples asalariados y parece no sólo inconstitucional, sino además ilógico darles peor trato que al resto de los asalariados»⁴⁵

Por estas razones, y atendiendo a estas circunstancias, se dictó la referida Ley 1/91 de 7 de enero, que modificó sustancialmente el régimen de responsabilidad civil del personal docente privado⁴⁶. En el preámbulo de la referida Ley se dice lo siguiente: «El régimen de responsabilidad que para los profesores y maestros establecen los artículos 22 del Código penal y 1903 del Código civil no se ajusta a la realidad social de nuestros días. Se trata de normas con fundamento en la llamada "culpa *in vigilando*", concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente. Ello induce a modificar el régimen de responsabilidad a fin de establecer que quien responda de los daños ocasionados por sus alumnos sean las personas o entidades titulares de los centros, que son quienes deben adoptar las correspondientes medidas de organización, sin perjuicio de que en supuestos tasados, y a ello obedece la reforma del artículo 1904 del Código civil, el titular puede reclamar al personal docente la cantidad satisfecha»

En este corto preámbulo se pueden encontrar el sentido general de la reforma y la respuesta a las críticas que se habían formulado contra el anterior inciso sexto, por cuanto indica claramente que, frente a los daños causados por un alumno menor de edad, debe ahora responder el titular del Centro docente y no el concreto profesor que estaba a su cuidado o vigilancia. No obstante, el citado preámbulo no es del todo claro en señalar cuál es el criterio de imputación en virtud de cual serán responsables los titulares de Centros

45 DIAZ ALABART, S. Un apunte histórico cit., p. 705

46 El régimen de responsabilidad de personal docente público (aquellos que son funcionarios públicos y enseñan en centros de enseñanza pública) se regia, ya antes de esta modificación, por las disposiciones generales que regían la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración y se sujetaba a los criterios de imputación allí contemplados (art. 121 Ley de Expropiación Forzosa, art. 40 a 43 Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado y art. 106-2 Constitución Política del Estado).

educativos y qué sucede con la responsabilidad personal del profesor respectivo. Las discusiones en las Cortes tampoco ayudan a esclarecer estas interrogantes pues en ellas se aprecia una clara confusión entre la *ratio legis* del precepto, el centro de imputación expresamente designado por la reforma y el criterio de imputación aplicable al sujeto eventualmente responsable.

Nosotros creemos que esta ley vino a modificar no sólo el centro de imputación de la responsabilidad (¿quién o quiénes responden y cómo responden?), sino también el criterio de imputación aplicable al nuevo responsable civil (¿por qué responde?). Esta última pregunta es de vital importancia por cuanto con ella se determina el fundamento último de esta nueva forma de responsabilidad civil.

La figura central del nuevo supuesto sigue siendo, al igual que en el derogado art. 1903-6 CC, el alumno menor de edad que materialmente causa el daño. Lo que sucede fue que se modificó el centro y el criterio de imputación del daño. En primer término, ya no responde (al menos exclusivamente) el profesor a cargo del alumno, por una supuesta culpa *in vigilando*, sino que ahora responde directamente el titular del Centro docente al cual pertenece el referido alumno. Con esto la figura del profesor -y su eventual culpa *in vigilando*- pasa a ser jurídicamente irrelevante para imputar responsabilidad al Centro docente. Por otra parte, el titular del establecimiento educacional no responde por una supuesta culpa *in eligendo* (pues no ha elegido a sus alumnos) ni *in vigilando* (por cuanto no puede vigilar ni controlar directamente todas las actividades de sus alumnos), ni siquiera por culpa en la organización (porque la mayoría de las veces la eventual falta de organización no es la real y directa causa del daño)⁴⁷ sino que responde directamente por el riesgo que signi-

47 Puede llegar a responder por culpa *in operando* de sus profesores pero, en este específico caso, se debe aplicar el inciso siguiente, es decir, el art. 1903-4 CC (responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes). Lo que debe quedar claro es que esta modificación creó un supuesto legal totalmente distinto al contemplado en el art. 1903-4 CC pues el autor del daño o agente directo del mismo es diferente en cada supuesto legal. Sin embargo, toda vez que la víctima o su asesor letrado, estime que, junto al daño causado por el alumno del Centro -muchas veces civilmente inimputable-, concurre culpa *in vigilando* de algún profesor particular o

fica ser titular de una actividad (la de enseñanza no superior) que genera daños estadísticamente inevitables.

Frente a los daños causados por un alumno menor de edad, ya no es el profesor el civilmente responsable por una supuesta culpa *in vigilando*, sino el titular del Centro escolar respectivo, quien responde objetivamente como garante de los riesgos que significa el desarrollar una actividad («actividades escolares o extraescolares y complementarias») que produce daño estadísticamente inevitables en el mediano y largo plazo.

Por último, cabe destacar que esta responsabilidad estricta, objetiva o por riesgo creado del titular del Centro docente no significa, de modo alguno, crear a su cargo una responsabilidad puramente objetiva, causal o *in re ipsa*, por cuanto no responderá de todos los daños causados por el alumno menor de edad y/o por cualquier fallo en la organización de su sistema escolar, extraescolar o complementario. El propio supuesto legal contempla importantes límites a dicha responsabilidad estricta y que constituyen los verdaderos contornos de esta especial forma de responsabilidad objetiva o por riesgo que asume el titular de un Centro educativo. En primer término, el daño debe ser causado directamente por un menor de edad que sea alumno del Centro demandado. Por tanto, el respectivo titular no debería responder ex art. 1903-5 CC, de los daños causados por un alumno mayor de edad o de un menor que no es alumno del Centro sino que sólo temporalmente se encontraba dentro del establecimiento del titular demandado⁴⁸. En segundo término, existe una clara limitación cronológica de dicha responsabilidad civil (no así espacial), por cuanto sólo responde el titular demandado de aquellos daños causados «durante los períodos de tiempo en que los mismos

del profesorado en general, sería prudente y aconsejable demandar la responsabilidad directa del titular del Centro ex art. 1903-5 CC y, conjuntamente, ex art. 1903-4 CC (y también al profesor o director del Centro por su culpa *in operando* ex art. 1902 CC).

48 Aunque se podría intentar fundar dicha responsabilidad ex art. 1902 o 1903-4 CC, si se logra acreditar culpa *in procurando vel eligendo* del titular del Centro o *in vigilando* de algún órgano, representante o profesor del mismo.

[alumno dañador] se hallen bajo el control y la vigilancia del profesorado del Centro»⁴⁹. Es decir, no se trata de que el titular responda vicariamente por la eventual culpa *in operando* (*in vigilando*) de algún profesor o directivo del Centro, sino de una fórmula utilizada por la ley para intentar vincular temporalmente el daño a la actividad desarrollada por el Centro respectivo. Así, por ejemplo, no debería responder éste de los daños causados por el alumno una vez que éste se ha marchado a casa después del término del horario de clases o cuando se encuentran de vacaciones⁵⁰. Por último, existe una importante limitación funcional de dicha responsabilidad estricta -a nuestro juicio, la más importante-, por cuanto sólo se atribuye una responsabilidad civil al titular respectivo, si el alumno menor causa el daño mientras desarrolla actividades escolares o extraescolares y comple-

49 Creemos que este requisito o fórmula legal para delimitar el riesgo del titular del Centro docente puede traer mucha confusión al intérprete por cuanto es demasiado deudor del esquema anterior (responsabilidad del docente por culpa *in vigilando*). Con esto, muchos podrán sentirse inclinados a considerar que el titular se exonera de toda responsabilidad si prueba que el daño fue causado por el alumno mientras no estaba bajo la vigilancia directa e inmediata del profesorado. Creemos que esta fórmula legal es del todo innecesaria por cuanto se encuentra comprendida dentro de la siguiente (el alumno/dañador debe encontrarse desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias), pues se entiende que en este último caso el alumno se encuentra bajo la custodia general -no de un concreto profesor o dependiente del centro- del Centro. Existe un especial deber de cuidado que emana del contrato o vínculo jurídico, previo al daño, existente entre el padre del niño lesionado y el centro respectivo.

50 Muy interesantes es lo resuelto por la STS (1ª) de 03-XII-1991 (A. 8910) en la cual se condenó al titular de un Centro docente por los daños causados por una de sus alumnas (lesión en el ojo derecho de otro compañero, por el disparo con una ballesta que llevaba un alfiler en la punta) una vez terminada las horas lectivas (horario de clases) del colegio. En ella se eximió de toda responsabilidad al padre de la menor causante directa del daño. Dijo el Supremo que «si es habitual en el Centro que los alumnos se queden, en el patio de recreo, un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva y antes de ser recogidos o trasladados a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuentan con que, hasta entonces, están en el Centro y vigilados por su personal. Distinto hubiera sido si el Centro recurrido tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones, acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores».

mentarias. Este presupuesto está en estrecha relación con el requisito anterior por cuanto se debería presumir que mientras esté dentro del horario respectivo o bajo la vigilancia del profesorado del Centro, está realizando actividades escolares o extraescolares y complementarias. Asimismo, creemos que este último requisito esconde una de las condiciones fundamentales -y la clave para entender el funcionamiento de una responsabilidad por riesgo típico- para que opere esta especial clase de responsabilidad estricta, por cuanto sólo responde el titular del Centro docente de aquellos daños causados por el alumno menor mientras se encuentre desarrollando dicho tipo de actividades y no otras distintas, como pueden ser, por ejemplo, el bañarse en unas pozas contra la prohibición del director del colegio⁵¹, o el traslado en motocicleta hacia el musco que debían visitar junto al profesor, etc.⁵²

⁵¹ Nuevamente aquí -al igual que en el supuesto del art. 1903-4 CC- es importante conocer si hubo o no prohibición por parte del colegio o de sus legítimas autoridades, respecto del concreto acto o genérica actividad que causó el daño respectivo. En principio, la prohibición expresa del colegio coloca al acto del menor (y al daño respectivo) fuera del círculo de las actividades escolares o extraescolares y complementarias, y por tanto, fuera del riesgo típico que debe asumir el titular del Centro. En la STS (1^ª) de 15-VI-1977 se exoneró al titular de un Centro por cuanto existía prohibición expresa y general de salida y, por tanto, de hacer excursiones (y particularmente de bañarse en una poza) La víctima fue a bañarse a las pozas, conociendo la prohibición expresa, sin conocimiento alguno del personal de vigilancia del Centro, e incluso eludiendo esta

⁵² Por ello es acertada la decisión contenida en la STS (1^ª) de 10-XI-1990 (A. 8538) por cuanto se condenó al titular de un Centro docente por los daños sufridos por un niño de seis años mientras jugaba con una lima en el patio de su colegio (autolesión involuntaria). El jugar es un típico ejemplo de actividad escolar realizada por la mayoría de los niños para distraerse durante las horas de recreo. Por ello, mientras menor sea la edad del alumno, mayor será la posibilidad de que titular del Centro sea civilmente responsable, por cuanto le será difícil exonerarse mediante el expediente de la "extralimitación de funciones" del alumno/dañador. Asimismo, mientras menor sea el alumno (por ejemplo, todos los alumnos que por su edad carecen de discernimiento), mayores posibilidades tiene el demandante de fundar la acción de responsabilidad en una culpa *in vigilando* del profesor, por cuanto el niño queda totalmente en manos del colegio y de sus profesores o auxiliares. Por este motivo creemos que es discutible la opinión de NAVARRO BELMONTE, A., *Comentario a la STS (1^ª) de 10-XI-1990 y puntualizaciones a la reforma por ley de 7 de enero de 1991*, en

Estos son los presupuestos de la llamada responsabilidad estricta o por riesgo creado, sin los cuales no surge responsabilidad alguna para el titular del Centro demandado y el daño permanece en la persona de la víctima. Además, habrá que tener en cuenta -si se trata de un menor civilmente imputable- la culpa concurrente o exclusiva de la víctima, como elementos para delimitar el ámbito de protección de la norma⁵³

En resumen, creemos que la actual responsabilidad civil del titular del Centro docente está concebida en España en forma total y absolutamente independiente de la eventual culpa *in operando* del profesor respectivo y se fundamenta en un criterio de atribución propio y autónomo. No se trata de una responsabilidad estructurada en base a los esquemas de la responsabilidad vicaria o indirecta, por cuanto no es necesario demandar y probar la culpa *in operando* del profesor/dependiente (ésta pasa a ser jurídicamente irrelevante). Ambas responsabilidades -la del titular del Centro y la del profesor-

Anuario de Derecho Civil, t. XLV, II, 1992, p. 790, para quien «la sentencia [recién citada] pues, claramente se acoge a la única norma que podía con el Derecho positivo vigente cuando se dictó, es decir, el de la responsabilidad del empresario (...) La falta de cobertura legal para el caso [autolesión] obligó al Tribunal a apoyarse en distinto párrafo del art. 1903 CC.» Es muy discutible si la autolesión de un inimputable, con ocasión del juego en el patio del colegio, es "más" residenciable en el actual art. 1903-5 CC (por cuanto no se cumple a su respecto uno de los requisitos de aquel supuesto: que el daño recibido por la víctima sea causado por un alumno menor de edad) que en el art. 1903-4 CC (responsabilidad vicaria del titular por falta de la vigilancia adecuada del profesorado *in genere*). Si esta reforma legal se hubiese redactado clara y abiertamente conforme a los principios del riesgo de la actividad típica del titular del Centro docente (la educación integral del alumno menor de edad), este concreto caso -autolesión de un inimputable civil- estaría claramente cubierto para la nueva norma.

- 53 Se podría imaginar -en teoría- que el titular del Centro demandado conteste la demanda alegando que el daño se debe a la conducta de los padres del menor (civilmente inimputable) por una culpa *in vigilando* o *in educando*. Además, tema difícil de tratar aquí con precisión es la responsabilidad civil del propio menor que causó el daño. ¿Podría la víctima demandar conjuntamente al menor que causó el daño? ¿podría el titular del Centro condenado repetir contra el menor por el total de lo pagado a la víctima? De ello nada se habla en el art. 1904-2 CC por cuanto en él se manifiesta la confusión de ideas que existió en la reforma respectiva, al establecer sólo un derecho de repetición contra el profesor que con dolo causó el daño respectivo.

son totalmente independientes y la víctima siempre tiene la opción de demandar a uno, a otro o a ambos conjuntamente (solidaria o subsidiariamente); sin embargo debe siempre demandar en base a criterios de imputación diferentes (al profesor por culpa subjetiva y personal y al titular del Centro por riesgo creado)⁵⁴

Esta reciente reforma acoge la fuerte tendencia del Derecho comparado hacia una mayor objetivación de la responsabilidad aquiliana de los entes titulares de actividades o cosas que causan daños estadísticamente inevitables. Ella atribuye al titular del Centro docente una responsabilidad estricta en base al moderno criterio del riesgo creado y deja de lado la persona al concreto profesor o docente que pudo estar comprometido en el hecho dañoso. Esta solución es técnicamente correcta por cuanto coincide también con el Derecho comparado, en orden a objetivar sólo la responsabilidad de aquel sujeto que puede más fácilmente absorber el costo del daño y distribuirlo adecuadamente a través del sistema de precios o del seguro.

54 Creemos de mucha utilidad analizar brevemente lo resuelto por la STS (1ª) de 21-XI-1990 (A. 9041), por cuanto así podremos ejemplificar mejor la importancia práctica de lo dicho hasta el momento. De los hechos probados en la instancia se desprende que mientras un grupo de alumnos comían en los comedores del establecimiento educacional, un niño de seis años -alumno del respectivo Centro- le clavó un tenedor en el ojo a otro, que estaba sentado a su lado. El padre de la víctima interpuso demanda de indemnización de perjuicios sólo contra la Directora de la Guardería Infantil respectiva. Ambas instancias denegaron la demanda. El Tribunal Supremo español rechazó el recurso de casación formulado por el demandante por cuanto consideró que «al estar el comedor debidamente vigilado al momento del accidente», éste fue un hecho imprevisible e incontrolable. Creemos que en este caso hubo un lamentable error en la conducción letrada del demandante al accionar sólo contra una dependiente del Centro respectivo. Era evidente que el Tribunal Supremo iba a intentar eximir de toda responsabilidad a la "infortunada" Directora por cuanto -a su respecto- el hecho era total y absolutamente fortuito (ella -como centro de imputación de responsabilidad- responde de acuerdo a los criterios de la culpa personal y subjetiva). Totalmente distinto hubiera sido si se hubiese demandado también (o exclusivamente) al titular del Centro Educativo, pues en este evento, entran en juego -al tratarse de una entidad corporativa que se dedica profesionalmente a educar y cuidar niños de corta edad- los criterios de la responsabilidad estricta por riesgo de empresa (cambia el centro y el criterio de imputación). Bajo el actual tenor del art. 1903-5 CC, no se perdonaría al asesor letrado del demandante un error de este tipo.

Por ello se deja de lado al profesor y no se objetiva, al mismo tiempo, su responsabilidad personal, la que sigue sujeta a las reglas generales del derecho común (culpa subjetiva y probada por la víctima)⁵⁵.

4.3. La llamada responsabilidad civil del empresario por el hecho o culpa del dependiente (arts. 1903-4 y 1904 CC y art. 22-1 CP)

Antes intentar explicar sumariamente cómo opera, en la práctica diaria, esta especial forma de responsabilidad civil, creemos interesante señalar que, teóricamente al menos, se distinguen tres grandes sistemas de responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes (naturaleza y fundamento de la responsabilidad del empresario por el acto de su dependiente).

En primer lugar, encontramos el sistema de la responsabilidad por culpa presunta. Es el sistema tradicional y ha sido recogido en la gran mayoría de los Códigos de inspiración latina. En su virtud, el empresario es civil y directamente responsable por su propia culpa al elegir mal a sus empleados (culpa *in eligendo*); al dirigir, controlar y vigilar mal sus actividades diarias (culpa *in vigilando*); o al darles instrucciones deficientes o erradas respecto de la actividad que causó el daño respectivo (culpa *in instruendo*). La culpa del empresario se presume *iuris tantum* y, por ello, siempre tiene la posibilidad -al menos en la teoría- de probar lo contrario (prueba liberatoria de haber empleado la diligencia de un buen padre de familia al elegir, controlar, dirigir o supervisar a sus empleados)⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. SIGNES PASCUAL, M., *La responsabilidad de los educadores según el art. 1903 del CC tras su reforma por la Ley de 7 de enero de 1991*, en *Revista La Ley*, de 11 de febrero de 1992, p. 3 y ss; GÓMEZ CALLE, E. *Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero*, en *Anuario de Derecho Civil*, t. XLIV, 1991, pp. 269 y ss.

⁵⁶ Paradigma de esta especial forma de responsabilidad es el Código civil alemán. El § 831-1 BGB señala: «Quien designa a otro para un asunto está obligado a la indemnización del daño que el otro cause jurídicamente a un tercero en la ejecución del asunto. La obligación de indemnizar no tiene lugar si el señor del negocio observa los cuidados exigibles en el tráfico en la elección de la persona designada y, siempre

En segundo término, se puede hablar del sistema de responsabilidad vicaria, indirecta o refleja. De acuerdo a su estructura, el empresario es garante de todos los daños debido a dolo o culpa de sus dependientes. Es decir, el empresario es objetivamente responsable de los daños causados por culpa o negligencia de sus dependientes sin que pueda alegar ni probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia. En virtud de este sistema, la responsabilidad que surge "en cabeza" del dependiente que con dolo o culpa causó un daño (culpa *in operando* del dependiente), se propaga o se transmite, por el sólo ministerio de la ley, al empresario inocente, quien se ve obligado a pagar una deuda ajena, sin perjuicio de poder repetir contra su dependiente por el total de lo pagado. La responsabilidad que emana de esta garantía puede ser subsidiaria (a semejanza de una fianza simple) o directa (a semejanza de una fianza solidaria)⁵⁷.

Por último podemos señalar el régimen de la responsabilidad estricta por riesgo de empresa. Esta especial forma de concebir y estructurar la responsabilidad del empresario es la más reciente y sus orígenes doctrinarios se remontan a los planteamientos realizados por un grupo de juristas norteamericanos durante este siglo⁵⁸.

que haya de facilitar aparatos o utensilios, o de dirigir la ejecución del asunto, en la facilitación o dirección, o si el daño se hubiese producido también aún en el caso de la observancia de dichos cuidados» (trad. realizada por MELON INFANTE, C., en ENNECCERUS, L., KIPP, T. WOLF, M. Tratado de Derecho Civil. Apéndice Código Civil Aleman (BGB), Bosch, Barcelona, 1955).

⁵⁷ Prototipo de este especial esquema de responsabilidad por los dependientes es el recogido en el art. 1384-5 *Code civil* francés. En él se señala que «los amos y comitentes [son responsables] del daño causado por sus domésticos y comisionados en las funciones en que los hayan empleado». En el inciso 7º, donde se contiene la prueba liberatoria respecto de los otros civilmente responsables, no se menciona a los amos y comitentes. Por esta razón, la responsabilidad de los amos y comitentes es objetiva o sin culpa. Sin embargo, es requisito esencial que la víctima pruebe la culpa *in operando* del dependiente o agente directo del daño, la cual se propaga o atribuye al empresario "inocente".

⁵⁸ Entre los creadores y representantes más destacados de esta moderna doctrina cabe señalar los siguientes: LASKI, H., *The basis of vicarious liability*, en *Yale Law Journal* n. 26, 1916, pp. 105 y ss; SMITH, Y.B., *Frolic and detour*, en *Columbia*

Esta nueva perspectiva tiene como uno de sus fundamentos más sólidos la constatación fenomenológica de que en muchos sectores del moderno desarrollo industrial, los supuestos de responsabilidad civil legalmente previstos en los Códigos decimonónicos han sido sustituidos y reemplazados por otros, en los que el evento dañoso, no sólo puede ser calculado de antemano, sino que resulta inevitable a partir de ciertos niveles de exigencia cuantitativa y cualitativa. Es decir, la moderna producción empresarial de bienes y servicios ha puesto de manifiesto que la distinción entre los conceptos tradicionales de culpa y caso fortuito se ha reducido notablemente. Así, por ejemplo, y concretamente respecto de la conducta de los empleados y dependientes de las grandes empresas, se ha descubierto que existen personas naturalmente inclinadas a cometer errores que causan daños a terceros, es decir, que muchos de sus actos lesivos no son más que la necesaria consecuencia de su frágil condición humana. Se ha comprobado que es normal que exista entre los empleados de una empresa, gente que por sus condiciones físicas o síquicas, está más inclinada que otra a causar accidentes (por ejemplo, por tener poca experiencia; mala coordinación física; escasa velocidad de reacción por edad o constitución natural; nerviosismo por tensiones, depresión o falta de sueño; ansiedad; actitud innata de resistencia a obedecer; cansancio por exceso de trabajo, etc.). ¿Quién debe responder de estos accidentes fortuitos? ¿El empresario inocente de toda culpa, el dependiente distraído o el daño debe quedar a cargo de la víctima inocente y ajena al quehacer empresarial?

Law Review n. 23, 1923, pp. 444 y ss; JAMES, F., *Accident liability reconsidered: the impact of liability insurance*, en Yale Law Journal n. 57, 1947-1948, pp. 558 y ss; EHRENZWEIG, A., *Negligence Without fault; a trends towards an enterprise liability for insurable risk*; Berkeley, Los Angeles, 1951; CALEBRESI, G., *El costo de los accidentes (análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil)*, trad., de J. Bisbal, Ariel, Barcelona, 1984; *idem*. *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*, en Yale Law Journal n. 70, 1961, pp. 499-544; *idem*. *The decision for accidents: an approach to non-fault allocation of cost*, en Harvard Law Review n. 78, 1965, pp. 713, 725-734. Para un excelente análisis de la historia de esta interesante doctrina ver PRIEST, G.L., *The invention of enterprise liability: a critical history of the intellectual foundation of modern tort law*, en Journal of Legal Studies n. XVI, 1985, pp. 551 y ss.

Esta tercera doctrina sostiene que debe ser el empresario el que responda de tales accidentes y de acuerdo a un criterio objetivo de atribución de responsabilidad (el llamado el "riesgo de empresa") Y esto por varias razones. En primer término, porque, respecto de este tipo de daños (*accidental damages or damages caused by inadvertent negligence*), la culpa subjetiva -como criterio de responsabilidad- dejaría de cumplir su clásica función "preventivo/punitiva" (*deterrence*), pues la amenaza que supone el eventual pago de la indemnización, prácticamente no ayuda a disminuir el número de accidentes ni la intensidad de los daños. Por ejemplo, una leve distracción del chofer de un camión puede originar daños absolutamente desproporcionados a su eventual culpa o torpeza, y el pago de la indemnización -si es que tiene cómo pagarla- no evitará que se produzca una nueva distracción o error involuntario ya que dicho accidente es más o menos fortuito. Además, y de acuerdo al sistema tradicional de la responsabilidad por culpa, la "pena" debería ser proporcionada al grado o intensidad de la negligencia cometida por el autor; por tanto, frente a estos daños fortuitos o accidentales, debería pagarse una indemnización mínima porque el grado de culpabilidad suele ser mínimo. Esto perjudica claramente a la víctima. A su vez, esta función "preventivo/punitiva" de la responsabilidad por culpa tenía su razón de ser cuando el agente directo o autor del daño era el que pagaba la indemnización de su "propio bolsillo" pero se desvanece cuando el que paga es una empresa o empresario social que suele imputar dicho pago a la cuenta de ganancias y pérdidas de la compañía, para compensar esa "pérdida" con el aumento del precio de los bienes o servicios que produce. Asimismo, la existencia de seguros de responsabilidad civil ha hecho que muchos daños ni siquiera sean pagados por la empresa demandada, sino, en el fondo, por todos los que han pagado las primas para asegurarse contra riesgos similares. Por ello, según esta moderna doctrina, el costo de la indemnización por daños accidentales siempre se distribuye en un amplio sector de la sociedad, en un determinado periodo de tiempo, ya sea a través del sistema de precios o del seguro.

Por otro lado, el sistema de responsabilidad por riesgo de empresa tiene cierto valor "preventivo" pues si el empresario es obli-

gado a responder objetivamente de tales daños (*accidental damages*), se verá forzado -por el peso económico que le significa su pago (o el recargo en las primas del seguro)- a estudiar mejor la organización interna de su empresa, para con ello reducir al máximo el número de accidentes. Esto lo puede lograr mediante una mejor preparación y control de su personal o mediante el traslado de aquellos que han mostrado tener una marcada inclinación a causar accidentes, hacia ocupaciones menos peligrosas dentro de la empresa. Esta doctrina enseña que es el empresario el que está en mejores condiciones para prevenir y evitar nuevos accidentes⁵⁹. Así, por ejemplo, el empresario es el que puede y debe realizar todo lo posible para corregir y mejorar las condiciones físicas y síquicas de sus empleados; incluso, si no es capaz de corregir esta tendencia natural de sus trabajadores hacia el accidente, debe evitar que dicha gente realice trabajos que implican un alto riesgo para terceros (por ejemplo, conducir o emplear maquinaria de la empresa; operar con mercadería peligrosa o altamente tóxica, etc.).

Sin embargo, esta moderna doctrina no postula una responsabilidad puramente objetiva o causal del empresario pues éste no debe responder de todos los daños que cause materialmente la actividad de su empresa. Por ello se hace necesario definir cuáles son los "hechos constitutivos" y los "impeditivos" de esta moderna forma de responsabilidad que más que imputar una culpa, busca la atribución patrimonial de un daño injusto. Esta última tarea es la más difícil de realizar y, por ello, no obstante ser la actividad empresarial una de las

59 Sobre todo en la doctrina angloamericana, existe hoy bastante unanimidad en considerar que es el empresario el sujeto que mejor conserva una posición estratégica y privilegiada para promover y fomentar medidas que tengan por objeto prevenir y evitar accidentes inherentes a la actividad de su propia empresa (limitar el riesgo típico). El empresario individual o social conserva siempre un control general sobre toda la actividad y sobre cada uno de sus riesgos típicos. Incluso se ha llegado a sostener que, actualmente, dicho control no lo ejerce sobre la forma como sus empleados realizan la actividad sino, más bien, sobre las posibilidades de garantizar o asegurarse contra los riesgos típicos de su propia actividad. Cfr. HARPER, F. V., JAMES, F. and GREY, O., *The law of torts*, v. 5 Little Brown and Co., Boston and Toronto, 1986, § 26, pp. 15 y 16.

zonas que mayor objetivación ha reconocido en el Derecho comparado, la doctrina del riesgo de empresa es, quizá, una de las que mayor necesidad tienen de un desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial serio y riguroso

Luego de esta breve introducción teórica, se trata ahora de analizar brevemente la responsabilidad civil del empresario por el hecho del dependiente en el Derecho español. Ella se haya consagrada en dos normas diferentes. Por un lado, en el art. 1903-4 CC que señala: «Lo son [civilmente responsables] igualmente 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 tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones». Por otro lado, el actual art. 22-1 CP establece que «la responsabilidad subsidiaria que se establece en el artículo anterior, será también extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios»

Es evidente que ambas normas legales contemplan y regulan un idéntico supuesto de hecho, pero lo hacen de forma diferente. Fiel a la doctrina clásica de la culpa subjetiva, el art. 1903-4 *e in fine* CC establece una responsabilidad *directa* del empresario pero por culpa *in eligendo, in vigilando vel in inspiciendo*. En cambio, el art. 22-1 CP recoge una responsabilidad *subsidiaria* del empresario fundado en la idea de garantía frente a la insolvencia económica del dependiente. En otras palabras, el régimen establecido en el Código civil español es el de una responsabilidad directa por culpa presunta, ya que los empresarios demandados podrían -en teoría- exonerarse probando «que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», al contrario, el régimen de responsabilidad civil del empresario establecido en el Código penal es plenamente vicario, en el sentido de que la responsabilidad civil de aquél es totalmente objetiva, pues acreditada culpa *in operando* (culpa penal y civil) en el dependiente, no se le otorga la posibilidad de probar la diligencia de un buen padre de familia en la elección, vigilancia, cuidado y supervisión de sus dependientes. Además, esta

responsabilidad vicaria o indirecta se establece sólo en garantía de la insolvencia del único y verdaderamente responsable (el dependiente o agente directo del daño) y, por ello se estructura a semejanza de una fianza simple

El grave problema que suscita el estudio conjunto de ambos regímenes es que, no obstante la casi completa identidad de los supuestos de hecho recogidos en cada una de las normas citadas, la jurisprudencia civil -a diferencia de la penal, cuyo sistema legal no se lo ha permitido- ha iniciado una fuerte objetivación de la responsabilidad ex art. 1903-4 CC. La Sala Primera del Tribunal Supremo español ha realizado esta objetivación a través de varios expedientes o procedimientos

En primer término, mediante la aplicación -contra el claro tenor literal del art. 1903 CC- de un claro régimen de responsabilidad vicaria. Y ello porque cuando se ha logrado acreditar la culpa *in operando* del dependiente o agente directo del daño, el Tribunal Supremo ha establecido una clara limitación (y prácticamente total exclusión) de la prueba liberatoria contemplada, respecto del empresario, en el art. 1903 *in fine* CC. Por ello, cuando se ha probado una culpa en el dependiente, ésta se propaga o atribuye *ipso iure* al empresario inocente, quien, en la práctica jurisprudencial, se ve impedido de probar que actuó con la diligencia de un buen padre de familia (a semejanza de lo dispuesto en el Código penal, pero con la agravante de que la jurisprudencia civil hace que esta responsabilidad sea directa y no subsidiaria). Por ello se dice que sólo en teoría puede el empresario acreditar que actuó como un buen padre de familia en la elección, cuidado, control y vigilancia de sus dependientes

Por otro lado, la jurisprudencia civil mantiene una declaración formal de culpa *in eligendo* o *in vigilando* del empresario demandado, pero le condena civilmente por la actuación de sus altos ejecutivos, mandos medios o de su personal con cualificada preparación técnica, respecto de los cuales es ficticio creer que tiene algún grado de dirección, vigilancia y control específico respecto de la forma cómo deben o pueden desarrollar su profesión u oficio (por ejemplo, responsabilidad de Clínicas y Hospitales por la actuación de médicos

y anestesiastas; responsabilidad de Centros docentes por la actuación de sus directivos y profesores; la responsabilidad de empresas constructoras por la negligencia de sus ingenieros, arquitectos, subcontratistas; etc.)

En segundo término, la objetivación de la responsabilidad civil del empresario *ex art.* 1903-4 CC se ha producido eliminando del hecho indicio el componente subjetivo, es decir, se ha producido la paulatina "desaparición" o "difuminación" de la figura del dependiente y de su personal *culpa in operando*. Una evidente manifestación de este fenómeno ha consistido en eliminar la necesidad de que el concreto dependiente, que materialmente causó el daño, sea llamado por el demandante a la causa. Hay mucha jurisprudencia -sobre todo relativa al uso empresarial del vehículo a motor- que condena civilmente al empresario sin que la víctima haya demandado al concreto dependiente que directamente causó el daño respectivo. Esta jurisprudencia ha dicho que el dependiente no es "término subjetivo necesario" en la constitución de la válida relación procesal, por cuanto la responsabilidad del empresario es directa y no subsidiaria. Además, la jurisprudencia ha dicho que esta especial forma de responsabilidad civil daría origen a una obligación solidaria (o *in solidum*) entre el empresario demandado y un dependiente culpable, pudiendo la víctima dirigirse contra cualquiera de los dos por el monto total de la indemnización.

Otra clara manifestación de este fenómeno objetivador es la no necesidad de identificar al concreto dependiente que causó el daño. Es lo que nosotros hemos denominado "culpa anónima" o "dependiente anónimo o desconocido". Significa que la víctima no tiene necesidad de identificar al concreto dependiente que directa y materialmente causó el daño ni atribuir culpa a un dependiente concreto. Basta con que pruebe que ha existido culpa o negligencia en algún miembro indeterminado de la empresa. Una vez que el empresario demandado pague la indemnización, podrá éste repetir contra el personalmente culpable, si logra identificarlo (la identificación del concreto dependiente es una cuestión que le compete al empresario y no a la víctima).

No obstante lo anterior, en estas manifestaciones de la tendencia objetivadora todavía se nota un cierto apego al régimen de responsabilidad propiamente vicaria (y, por tanto, al régimen de responsabilidad por culpa propia), por cuanto se intenta imputar una culpa personal *in operando* a algún órgano, representante o dependiente de la empresa, aunque no sea necesario traer al proceso al dependiente concreto que causó el daño y/o se desconozca su precisa identidad.

Por ello, y en tercer lugar, esta tendencia objetivadora también se ha manifestado en un cambio en la *ratio* de la presunción del art. 1903 CC, es decir, si no es la culpa *in eligendo vel vigilando* (presunta) el fundamento de esta especial forma de responsabilidad, la jurisprudencia ha debido "crear" o acudir a otros criterios de atribución del daño: la llamada "culpa en la organización", la "falta del servicio" y el "riesgo creado por la empresa". Lo que sucede es que estos criterios no han sido identificados como tales ni se han aplicado de manera ordenada y matizada. La característica común en estos casos la constituye el excluir abiertamente la culpa *in operando* del dependiente como requisito o condición de la responsabilidad del empresario. Basta la concurrencia de estos nuevos criterios de atribución de responsabilidad -(que son radicalmente distintos a la culpa personal en el sentido tradicional, es decir, previsión de lo humanamente previsible y, por tanto, evitable)- para atribuir directamente al empresario, (como titular de empresa), una responsabilidad más o menos estricta.

Creemos que estos últimos criterios de imputación de responsabilidad civil son el mecanismo formal detrás del cual se esconde una no del todo querida responsabilidad estricta del empresario por riesgo de empresa. De otra forma, si fueran verdaderas formas de "objetivar" la culpa tradicional, sería un regreso no justificable. La objetivación de la responsabilidad a través de la culpa tiene grandes límites y ofrece evidentes peligros por cuanto puede amparar excesos no deseables en los demandantes (por comodidad, fundar la demanda en el art. 1902 CC y alegar una culpa genérica de la empresa: por ejemplo, mala organización, defectuoso funcionamiento, falta de seguridad, escaso control y dirección, mala proyección de la labor, errada distribución, etc.) y faltas de control por parte del Juez de la

instancia de las verdaderas circunstancias de hecho de la causa (por la dificultad de la prueba liberatoria y para amparar a la víctima se condena al empresario ex art. 1902 CC al no acreditar éste la diligencia de un buen padre de familia). Con ello jamás la jurisprudencia podría determinar o delimitar con precisión los exactos límites de una responsabilidad por riesgo de empresa.

Por último es interesante destacar también cómo existe doctrina jurisprudencial que funda la condena del empresario conjuntamente en los arts. 1903-4 y 1902 CC, es decir, en el hecho propio y en el hecho ajeno. Ello manifiesta la falta de una adecuada distinción entre dos regímenes de responsabilidad -la culpa y el riesgo- que sin excluirse (pues se complementan) deben distinguirse. Además, creemos que el Tribunal Supremo español no parece que quiera reconocer abiertamente que este supuesto se funda abierta y exclusivamente en el principio del riesgo de empresa. Ha preferido llegar a idénticos resultados indemnizatorios sin salirse de los esquemas clásicos, es decir, mediante una "expansión" de la culpa ex art. 1902 CC.

Sin perjuicio de esta sustancial diferencia de régimen jurídico, ambos supuestos reconocen, en la práctica jurisprudencial, similares requisitos, a saber: a) la culpa *in operando* del empleado o dependiente, es decir, el agente directo del daño debe incurrir en dolo o culpa personales y por ello ser responsable por el "hecho propio" frente a la víctima; b) debe existir una relación de dependencia o subordinación entre dicho agente directo y el empresario demandado; y c) el daño debe ser causado por el agente directo en el ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas por el empresario demandado. Sin embargo, cada uno de estos requisitos ha sufrido una paulatina transformación en manos de una jurisprudencia civil que avanza hacia una responsabilidad estricta por riesgo de empresa. La forma como ha operado la transformación de estos dos últimos

requisitos de la responsabilidad por los dependientes escapa a los estrechos límites de este trabajo⁶⁰

5 *A modo de conclusión*

El verdadero aporte que nos entrega el moderno panorama de la responsabilidad extracontractual en España reside en la gran labor jurisprudencial que han realizado los Tribunales de Justicia. La responsabilidad aquiliana está experimentando una profunda transformación pero se encuentra todavía inacabada. Existe un acelerado movimiento que va desde la responsabilidad por culpa personal y probada hacia una responsabilidad por riesgo de empresa.

No cabe duda que el instituto de la responsabilidad por riesgo -y sobre todo el riesgo de empresa- debe figurar entre los más oscuros y necesitados de un estudio concienzudo dentro del moderno panorama del Derecho civil.

Los "instrumentos jurisprudenciales de objetivación" han tenido en España un papel mucho más importante que en Francia o en Italia, pues en estos sistemas el "riesgo de empresa" ha tenido una más fácil entrada a través de una responsabilidad «*par le fait des choses*» (art. 1384-1 *Code* y art. 2051 *Codice* y, además, en Italia, a través de la responsabilidad *ex art.* 2050 por el ejercicio de "actividades peligrosas"). El Derecho español no reconoce -al igual que el Derecho chileno- una norma de derecho común que claramente contemple una responsabilidad «*par le fait des choses*» o por actividades peligrosas, por lo cual, la única vía de entrada de la tendencia a objetivar la responsabilidad de la empresa moderna ha sido el art. 1903-4 CC.

60 La objetivación de la responsabilidad del empresario mediante la interpretación extensiva de estos dos últimos requisitos (b y c) -es decir, del vínculo de dependencia y de las extralimitaciones laborales- es uno de los aspectos más interesantes y novedosos de la moderna configuración jurisprudencial de la responsabilidad civil del empresario en España. Por motivos de espacio, prefiero remitir al lector a nuestra obra ZELAYA ETCHEGARAY, P., *La responsabilidad civil del empresario por el daño causado por su dependiente*, tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona, 1992, pp. 393-697.

a salvo lo que disponen algunas leyes especiales de responsabilidad objetiva.

Gracias a la concepción presuntiva del art 1903-4 CC, la jurisprudencia civil ha podido objetivar la responsabilidad del empresario, creando una línea jurisprudencial valiosísima, homologable con cualquiera de las existentes en el Derecho comparado europeo y norteamericano, e incluso, con el *handicap* de no existir aquí una legislación adecuada en esta materia (se advierte una fuerte "pasividad" legislativa en materia de responsabilidad extracontractual). El verdadero *quid* del asunto se centra en intentar determinar cuáles son los hechos constitutivos e impositivos de esta nueva forma de responsabilidad civil. Por ello, de un examen prolijo de la actual jurisprudencia española, se puede llegar a la conclusión de que la responsabilidad estricta basada en el riesgo de empresa no significa, en absoluto, establecer una responsabilidad puramente causal e ilimitada en contra del empresario o industrial. Coincidimos plenamente con Cavanillas Mugica⁶¹ en el sentido de que existen al menos dos versiones de la responsabilidad por riesgo. a) Una versión limitada, en la cual el riesgo y el beneficio se sitúan en el concreto acto dañoso, de manera que el empresario sólo responde si la específica actuación de su empleado le reportaba algún beneficio/utilidad o se realizaba -en algún grado y medida- en interés y servicio de la empresa (el interés exclusivo y personal del dependiente excluiría al acto/daño de los riesgos que debe soportar el empresario). b) Otra versión más amplia, que no sitúa al riesgo en el concreto acto dañino, sino en determinadas actividades o titularidades caracterizadas por su continuidad y que concibe al beneficio/utilidad del empresario civilmente responsable, en la mera posibilidad de detentarlas y utilizarlas. Así la titularidad con mayor fuerza atractiva a efectos de una imputación objetiva de los riesgos es la titularidad empresarial, no

61 CAVANILLAS MUGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1987, ha sido el autor que -a nuestro juicio- mejor ha estudiado y descrito este fenómeno en España, utilizando, con gran maestría, el Derecho comparado europeo (sobre todo francés e italiano) y angloamericano.

solo porque implica las máximas posibilidades de conocimiento y cálculo de los riesgos típicos de las cosas que explota o actividades que desarrolla, sino porque la misma actividad empresarial es, por definición, maximizadora de riesgos y de beneficios. Así, por ejemplo, mientras para el simple propietario/detentador de un automóvil, la posibilidad de que éste sea utilizado o conducido sin su conocimiento o contra su voluntad se presenta como atípica (y por tanto no debe responder de los daños que pueda causar su conducción), para un empresario que utiliza vehículos para el desarrollo de su actividad o tráfico, dicha posibilidad se presenta como la calculable consecuencia de una disponibilidad necesaria o, al menos, conveniente para la buena marcha del servicio o negocio que desarrolla. Por ello, la utilización inconstentida (no autorizada e incluso tácitamente prohibida) de un instrumento de la empresa, obliga al empresario a indemnizar a la víctima pues aquélla constituye uno de sus riesgos típicos, más aún si se trata de un bien dotado de cierta peligrosidad.

Será la jurisprudencia la llamada a determinar cuáles son los hechos constitutivos e impositivos de esta nueva forma de concebir la responsabilidad del empresario, en la cual se observa una clara sustitución de la clásica imputación de culpa por una atribución patrimonial del daño estadísticamente inevitable.

Sin embargo, debemos advertir que la doctrina del riesgo creado no debiera aplicarse indiscriminadamente. La jurisprudencia española ha aplicado el principio del riesgo a supuestos donde la culpa personal y probada debe, todavía, jugar su papel de insustituible importancia. Así, por ejemplo, no creemos correcto aplicar esta moderna doctrina a los supuestos de responsabilidad de los padres/tutores por el hecho de sus hijos/pupilos, ya que en ellos, la actividad personal del civilmente responsable tiene todavía gran relevancia social y jurídica. Asimismo, creemos excesivo aplicar el criterio del riesgo creado a la actividad del propio dependiente al servicio de una gran empresa, por cuanto la objetivación de la culpa *in operando* del dependiente no es el medio más adecuado para conseguir la protección de la víctima inocente.

La más moderna doctrina española está de acuerdo en señalar que esta interpretación extensiva se debe a una lamentable parsimo-

nia del poder legislativo por cuanto los tribunales, frente a una legislación anticuada o deficiente se han visto forzados a buscar soluciones de justicia material en aras a la protección de las víctimas inocentes