

Criteris per a una regulació de la responsabilitat de l'empresari al Llibre VIè del CCCat

JOSEP SOLÉ FELIU

*Professor titular de Dret Civil, Universitat de Girona
Institut de Dret Privat Europeu i Comparat*

SUMARI

I. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL: TENDÈNCIES GENERALS.....	2
II. CRITERIS PER A UNA POSSIBLE REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT DE L'EMPRESARI PER FETS DELS DEPENDENTS	4
1. Introducció: els models de responsabilitat del principal per fets dels seus auxiliars.....	4
1.1 Responsabilitat del principal per culpa presumpta.....	4
1.2 Responsabilitat vicària del principal	7
2. Responsabilitat de l'empresari o responsabilitat del principal? Una interpretació àmplia de la relació de dependència.....	12
2.1 De la responsabilitat de l'empresari per fets dels treballadors a la responsabilitat del principal per fets dels auxiliars	12
2.2 Responsabilitat pels fets dels treballadors cedits.....	16
2.3 El cas del contractista independent.....	20
3. L'actuació dins l'àmbit de les funcions encomanades.....	23
3.1 El criteri general.....	23
3.2 La responsabilitat del principal pels danys causats per actes intencionals i conductes delictives dels auxiliars.....	27
4. La culpa de l'auxiliar	32
4.1 Cal identificar el concret auxiliar que ha causat el dany?.....	33
4.2 Cal demandar conjuntament al principal i a l'auxiliar?	34
4.3 L'actuació "no culposa" de l'auxiliar.....	34
5. Immunitat de l'auxiliar?.....	35
6. L'acció de repetició	37
III. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL PER DEFECTES D'ORGANITZACIÓ ("ENTERPRISE LIABILITY")... 38	
1. L'origen de la "enterprise liability" als Estats Units.....	38
2. La "versió europea" de la responsabilitat de l'empresa per defectes d'organització	40

I. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL: TENDÈNCIES GENERALS

Des de la segona meitat del S. XX, la majoria d'ordenaments jurídics occidentals s'han vist afectats per dues tendències que, en major o menor grau, influeixen el context en què opera la responsabilitat civil dels empresaris.

Una primera tendència la constitueixen els canvis experimentats per l'estructura organitzativa empresarial, en comparació amb el model empresarial dominant en el moment en què es van dur a terme les grans codificacions europees a finals del segle XVIII i durant el segle XIX¹. El model organitzatiu tradicional partia d'un empresari individual, que coneixia personalment els seus treballadors, als quals escollia, dirigia i controlava de manera personal. En aquest context, tenia sentit mesurar la seva responsabilitat en termes d'infracció de la clàssica diligència "in eligendo", "in instruendo" o "in vigilando". En l'actualitat, però, aquest model² ha cedit terreny a favor d'altres formes organitzatives protagonitzades per grans estructures empresarials, sovint anònimes, que en molts casos actuen a través de grans conglomerats industrials. Sovint, a més, la seva activitat excedeix les fronteres del país on tenen fixats els seus respectius domicilis, i no és fàcil identificar els centres on es prenen les decisions ni els processos a través dels quals es transmeten. La relació entre l'empresari i els qui treballen per ell perd el seu caràcter personal i directe, i això dificulta mesurar la responsabilitat dels primers en termes de la clàssica regla de la culpa presumpta com fa, per exemple, l'Art. 1903.IV CC. Així ho demostra l'evolució experimentada per la jurisprudència de la major part dels països de l'Europa occidental que encara segueixen aquest principi. Tots ells tendeixen a dificultar la prova exoneratòria del principal, o a contemplar cada vegada amb més flexibilitat el vincle entre el principal i els seus auxiliars, tot amb l'objectiu d'aconseguir la responsabilitat del primer. La jurisprudència espanyola no està al marge d'aquesta tendència.

La segona tendència té a veure amb l'increment del nombre d'activitats creadores de riscos, que ha portat a un augment de normes que, tant en el context internacional com nacional, estableixen règims de responsabilitat objectiva allunyats de la culpa. Aquesta realitat no es troba desvinculada de l'anterior, perquè moltes d'aquestes activitats són desenvolupades per empresaris. Així succeeix, per exem-

¹ Vegeu-ne el plantejament a Gert Brüggemeier, *Unternehmenshaftung – Enterprise Liability. Eine europäische Perspektive?* HAVE/REAS 3/2004, pp. 162 i ss.

² Que té el seu origen en un sistema empresarial de base artesanal (Gordon Aeschmann, *La responsabilité du fait de l'organisation: faits et droit*, ZSR 121 (2002), p. 100).

ple, en el cas de la responsabilitat dels fabricants per productes defectuosos³, dels operadors d'instal·lacions nuclears⁴, la navegació aèria, o activitats subjectes a normes de protecció del medi ambient⁵, etc. Certament, aquests règims de responsabilitat objectiva no s'estableixen tant per raó del subjecte que desplega l'activitat, sinó de l'activitat mateixa⁶. Tanmateix, és igualment cert que en la majoria d'ocasions és un empresari qui duu a terme aquestes activitats i qui es beneficia dels resultats que deriven del seu exercici.

Aquestes dues tendències, que convergeixen en l'objectiu de fer més rigorós el règim de responsabilitat dels empresaris pels danys que es deriven de la seva activitat⁷, delimiten el marc general en el qual s'integra la matèria que és objecte d'aquesta ponència. Al mateix temps, condicionen, en certa forma, l'estructura del treball. En aquest sentit, la primera part de la ponència estudia el supòsit tradicional de responsabilitat del principal pels fets dels seus auxiliars, tractant d'adaptar-la al context econòmic i jurídic actual. Per aquesta raó, es planteja la necessitat de substituir el clàssic règim de responsabilitat per culpa presumpta del principal, per un règim clar de responsabilitat vicària. En la segona part de la ponència, es planteja la conveniència d'introduir, en el context d'una futura regulació catalana sobre la matèria, un règim especial de "responsabilitat empresarial" per defectes d'organització (en el sentit de la *enterprise liability* del dret nord-americà, o de l'*Organisationshaftung* de què es parla en la doctrina germànica⁸). L'objectiu d'un règim d'aquestes característiques no seria tant el de substituir com de complementar el règim tradicional de "responsabilitat del principal pels fets dels auxiliars", tota vegada que, en principi, el fonament d'ambdós és diferent: mentre que el princi-

³ Vegeu la Directiva 374/85/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*.

⁴ Ley 25/1964, de 29 de abril, *sobre Energía Nuclear*.

⁵ Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de Responsabilidad Medioambiental*, que implementa al dret espanyol la Directiva 2004/35/CEE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d'abril de 2004, *sobre responsabilitat medioambiental en relació amb la prevenció i reparació de danys mediambientals*.

⁶ Com afirma Brüggemeier (*Unternehmenshaftung – Enterprise Liability*, cit., p. 163), el fonament d'aquests règims normalment s'associa a activitats que, per la seva pròpia naturalesa, produeixen accidents, sovint inevitables, que ocasionen danys de grans proporcions o que poden afectar a un gran nombre de persones.

⁷ Sobre aquest context, podeu veure amb caràcter general el treball de Michael Faure / Ton Hartlief, *Towards an Expanding Enterprise Liability in Europe?*, MJ 3 (1996), pp. 235-270.

⁸ Gert Brüggemeier, *Unternehmenshaftung – Enterprise Liability. Eine europäische Perspektive?* HAVE/REAS 3/2004, pp. 162 i ss; Oliver Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, Bern, Stämpfli Verlag, 2005.

pal respon per la “conducta” dels seus auxiliars, la responsabilitat empresarial és una responsabilitat basada en “l’activitat” mateixa de l’empresa.

II. CRITERIS PER A UNA POSSIBLE REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT DE L’EMPRESARI PER FETS DELS DEPENDENTS

1. Introducció: els models de responsabilitat del principal per fets dels seus auxiliars

En termes generals, els ordenaments jurídics regulen la responsabilitat del principal pels danys que causen els seus dependents a partir de dos possibles models: el de responsabilitat per culpa presumpta del principal (culpa *in eligendo*, *in instruendo* o *in vigilando*), d’una banda, i el de responsabilitat vicària del principal per l’actuació negligent dels seus auxiliars, d’una altra banda.

1.1 *Responsabilitat del principal per culpa presumpta*

El primer -més conegut entre nosaltres per que és el que inspira el text de l’Art. 1903.IV CC- fa respondre al principal per culpa pròpia (la tradicional *culpa in eligendo vel vigilando*) i presumpta, de tal manera que una vegada provada la culpa del dependent, es presumeix que la conducta del principal també ha estat culposa, llevat que demostrï que va adoptar totes les mesures necessàries per a prevenir el dany. Com s’ha dit anteriorment, aquest règim de responsabilitat, que està pensat per respondre a les necessitats d’un model empresarial de base artesanal, amb un empresari individual que escull, instrueix i controla els seus dependents, ha quedat obsolet per a respondre a l’estructura organitzativa actual d’un bon nombre d’empreses, com demostra la jurisprudència d’aquells països que encarar el segueixen. A Europa, pocs ordenaments mantenen aquest model, entre els quals hi ha Suïssa (Art. 222 Codi Civil Suís i Art. 55 Codi Suís de les Obligacions), Alemanya (§ 831 BGB) i Espanya (Art. 1903.VI CC)⁹. En aquests tres països, però, la jurisprudència s’ha anat decantant per una progressiva “objectivació” de la responsabilitat dels principals, com a via per a superar les limitacions del règim.

Així, a Suïssa, tot i que l’Art. 55.1 del Codi de les Obligacions fa respondre al principal “llevat que provi que va adoptar la diligència requerida per les circumstàncies

⁹ Suzanne Galand-Carval, Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others, a J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague–London–New York, Kluwer Law International, 2003, p. 302; Christian von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 198 et seq.

dirigida a evitar el dany”, a partir d’una sentència de 1984¹⁰ el Tribunal Federal va reformular la seva jurisprudència i va establir que, per exonerar-se, no era suficient que el principal demostrés que havia prestat la deguda diligència “in eligendo”, in instruendo” o “in custodiendo”, sinó que, a més a més, havia organitzat la seva activitat empresarial de manera tal que evités causar danys a tercers. Com ha assenyalat la doctrina suïssa, amb aquesta solució s’agreuja el règim de responsabilitat del principal, aproximant-lo a un sistema de responsabilitat per defectes d’organització (*Organisationshaftung*)¹¹.

A Alemanya, el text del § 831.I.2 BGB també contempla un règim de responsabilitat del principal per culpa presumpta, amb inversió de la càrrega de la prova. No obstant, la jurisprudència ha desenvolupat un seguit de mecanismes dirigits a impedir o dificultar les possibilitats exoneratòries del principal. En primer lloc, els tribunals alemanys han reduït l’àmbit d’aplicació del precepte mitjançant una aplicació extensiva i generosa del règim de responsabilitat objectiva de les persones jurídiques per fets dels seus representants, establert al § 31 BGB. Aquest precepte es caracteritza per no permetre l’exoneració de la persona jurídica¹².

En segon lloc, la jurisprudència alemanya ha acudit a la clàusula general de responsabilitat civil del § 823 BGB, del qual ha derivat l’existència d’un deure de diligència del principal en relació amb l’organització de la seva activitat o la supervisió dels seus auxiliars, que no pot delegar internament als efectes d’evitar o reduir la seva responsabilitat. Així, una vegada el perjudicat demostra que el principal va infringir algun d’aquests deures, es considera que el principal respon per “negligència organitzativa” (“*Organisationsverschulden*”), sense possibilitat d’exoneració¹³.

Un tercer mecanisme emprat pels tribunals alemanys per evitar l’exoneració del principal ha consistit en aplicar el § 278 BGB, que regula la responsabilitat contrac-

¹⁰ “Schachtrahmen-Fall” (1984, BGE 110 II 456).

¹¹ Vegeu, en aquest sentit, P. Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 263-264.

¹² En realitat, el precepte no contempla estrictament un supòsit de responsabilitat per fet aliè, sinó de responsabilitat de les persones jurídiques per actes dels seus directius. Així, originàriament el règim es restringia als qui actuaven en la seva condició de directors, membres de la junta o representants designats d’acord amb els estatuts (alts directius). La pràctica jurisprudencial, però ha estès la seva aplicació a qualsevol persona que exerceix funcions de gestió en posicions inferiors (vegeu, Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, núm. 1606-2, p. 450; U. Magnus / J. Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 113).

¹³ Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, cit., p. 80; Magnus / Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, cit., p. 113; van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 450; Wagner/MünchKomm., Band. 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Aufl., München, Beck, 2004, § 831, RdNr. 39, p. 2018.

tual del deutor que compleix a través d'auxiliars. A diferència del § 831 BGB, el seu equivalent contractual contempla un règim de responsabilitat objectiva del principal, sense possibilitat d'exoneració. L'aplicació extensiva del precepte s'ha dut a terme a través de diferents tècniques: mitjançant la creació i desenvolupament de deures accessoris a la prestació principal, que s'estenen al camp de la seguretat i de la informació; mitjançant l'increment dels supòsits de responsabilitat precontractual (*culpa in contrahendo*); i, de manera especial, mitjançant l'ús generós de la figura del contracte a favor de tercer (*Vetrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*)¹⁴.

Finalment, una via indirecta per la qual la jurisprudència alemanya ha acabat fent respondre el principal consisteix en reconèixer al dependent, a qui s'ha declarat responsable enfront de la víctima, l'exercici d'una acció de repetició contra el principal pel valor de la indemnització pagada. Aquesta acció procedeix, fins i tot quan s'ha rebutjat la responsabilitat del principal conforme a la regla del § 831 BGB¹⁵.

Quant al nostre país, a banda de les normes especials de responsabilitat objectiva per sectors determinats¹⁶, els dèficits de l'Art. 1903.IV CC per a respondre a les necessitats de l'estructura empresarial actual i a la progressiva "despersonalització" de les relacions entre els empresaris i els seus auxiliars, s'han cobert a través d'una interpretació i aplicació jurisprudencial flexible i generosa del precepte. En aquest sentit, és coneguda l'evolució de la jurisprudència del Tribunal Suprem la qual, tot i reconèixer formalment la possibilitat que el principal s'alliberi d'acord amb la regla de l'Art. 1903.VI CC¹⁷, en la pràctica es fa molt difícil —per no dir impossible—¹⁸

¹⁴ von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núms. 189-190, pp. 205-207.

¹⁵ Tot i que aquesta regla està pensada a favor del dependent, en la pràctica comporta que sigui el principal qui acabi suportant el cost dels danys causats pels seus dependents negligents (van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 451).

¹⁶ Com abans s'ha comentat, l'increment de normes especials que estableixen sistemes de responsabilitat objectiva aplicables principalment a empresaris ha comportat un agreujament, per via indirecta i en relació a determinades activitats, del seu règim de responsabilitat. Així ha succeït, per exemple, en el camp de la responsabilitat del fabricant per productes defectuosos, en què la responsabilitat s'imposa al marge de la conducta diligent del productor, pel simple fet que l'existència d'un defecte en el producte causi danys al perjudicat. També l'entrada en vigor de la LGDCU va tenir un efecte semblant en el cas dels serveis regulats a l'antic Art. 28 LGDCU (actual Art. 148 TRLGDCU), és a dir, aquells serveis que, per la seva específica naturalesa o per estar reglamentàriament establert, han de reunir determinats nivells de seguretat. És sabut que el precepte imposa un règim de responsabilitat objectiva sobre l'empresari que presta els serveis, sense possibilitat d'exonerar-se mitjançant la prova de la seva actuació diligent. El precepte s'aplica amb independència de si l'empresari ha actuat o no a través d'auxiliars. En aquest darrer cas, però, no podrà exonerar-se provant que fou diligent en la selecció, instrucció o vigilància dels auxiliars.

¹⁷ Entre d'altres, les SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291]; 6.3.2007 [RJ 2007\1828]; 10.10.2007 [RJ 2007\6813].

trobar sentències que permetin aquesta possibilitat exoneratòria. Almenys fins la primera meitat dels 2000, eren freqüents sentències que es referien al caràcter “quasi-objectiu” de la responsabilitat de l’empresari o a “la admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista de creación del riesgo”, per a justificar aquest resultat¹⁹. En la mateixa línia, els tribunals espanyols consideren suficient provar la culpa anònima d’algun auxiliar, sense necessitat d’identificar el concret auxiliar causant del dany, per fer respondre l’empresari conforme a l’Art. 1903.IV CC²⁰. Aquestes interpretacions, que són paral·leles a les que acabem de veure en relació als dos ordenaments jurídics anteriors, ha portat a sectors rellevants de la doctrina espanyola a defensar una interpretació conjunta dels Arts. 1903.IV, VI i 1904 CC, en termes de responsabilitat vicària²¹.

1.2 Responsabilitat vicària del principal

El segon model de responsabilitat del principal en el context comparat s’estructura a partir d’un règim de responsabilitat objectiva del principal pels danys causats per la negligència dels seus auxiliars²². És el que es coneix com a règim de responsabilitat vicària i, com s’ha dit, es tracta del model dominant a Europa²³, des del règim de *responsabilité des commettants* que resulta de la interpretació jurisprudencial de

¹⁸ En paraules de Fernando López, “no es posible encontrar una sola decisión del TS en la que se haya exonerado de responsabilidad al empresario por razón de haber acreditado un comportamiento adecuado al deber de diligencia que le es exigible” (“La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, a J. M^a Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 155).

¹⁹ Per exemple, la STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291].

²⁰ Tal i com estableixen, entre d’altres, les SSTS 9.6.1998 [RJ 1998\3717] i 11.11.2002 [RJ 2002\9640], “[E]l artículo 1903 del Código Civil (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”.

²¹ Encarna Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1903 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil* 1998, p. 20-21; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 301.

²² John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th., Sydney, The Law Book Company, 1998, p. 412.

²³ Per la perspectiva general, vegeu von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 180, p. 198.

l'Art. 1384(5) *Code Civil* a França²⁴ (i que es consolida en el text de l'Art. 1386-10 del Projecte de Llei relatiu a la reforma del dret de la responsabilitat civil, presentat al Senat francès el 9 de juliol de 2010)²⁵, fins el més restringit model del § 1315 ABGB austríac²⁶, passant per Itàlia (Art. 2049 Codice)²⁷, Països Baixos (Art. 6:170 BW)²⁸ o Portugal (Art. 500 Código Civil)²⁹. El model de responsabilitat vicària és també el que contempla el sistema anglès, en el marc del qual el demandant ha de provar que l'auxiliar va cometre un *tort*, que tenia la condició d'auxiliar respecte del principal, i que el *tort* es va cometre “in the course of the employment”. La prova d'aquests elements desencadena la responsabilitat objectiva del principal, com si fos ell mateix qui hagués comès el *tort*³⁰. Finalment, el règim de responsabilitat vicària del principal és el model dominant als Estats Units d'Amèrica, com demostra la redacció de l'actual art. 7.03(2) del *Restatement (Third) of Agency*, segons el qual “un principal respon vicàriament enfront d'un tercer danyat per la conducta d'un

²⁴ Així, Geneviève Viney / Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 974 i ss.

²⁵ De fet, la proposta de reforma francesa va encara més enllà, en no requerir ni tan sols l'actuació culpable de l'auxiliar. Així, segons l'Art. 1386-10 de la proposta: “Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé, à moins qu'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, ou qu'il établisse que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant” (*Proposition de Loi num. 657, portant réforme de la responsabilité civile*, présentée par M. Laurent Bêteille, Sénateur. Session Extraordinaire de 2009-2010. Enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010).

²⁶ El § 1315 ABGB estableix la responsabilitat (objectiva) de l'empresari pels danys que causen els seus auxiliars, quan l'auxiliar designat és incompetent o una persona perillosa per a realitzar les tasques encomanades. Per una explicació de les característiques del model austríac, així com de les diferències entre els règims de responsabilitat contractual i extracontractual del principal per fets dels dependents a l'ABGB, es pot veure, Helmut Koziol / Klaus Vogel, *Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., pp.11-12, 16 i ss. Amb caràcter més general, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 182-184, pp. 199-200.

²⁷ F. D. Busnelli / E. Bargelli / G. Comandé, *Liability for Damage Caused by Others under Italian Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 165.

²⁸ Matthias Haentjens / Edgar du Perron, *Liability dor Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 172.

²⁹ J. Sinde Monteiro / Maria Manuel Veloso, *Liability dor Damage Caused by Others under Portuguese Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 199.

³⁰ Vegeu, W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., London, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 701 i ss; Walter van Gerven / Jeremy Lever / Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, pp. 476-477.

agent quan, (a) tal i com s'estableix en l'art. 707, l'agent és un empleat que comet un il·lícit actuant dins l'àmbit de les seves funcions”³¹.

A la vista d'aquesta panoràmica general, no és gens estrany que tant les propostes de principis de responsabilitat civil presentades els darrers anys en l'àmbit europeu, com els projectes nacionals de reforma del dret de la responsabilitat civil en diversos països europeus (com és el cas austríac³²), optin per un règim de responsabilitat vicària com a model a seguir en aquesta matèria.

Així, d'una banda, els Principis de Dret Europeu de la Responsabilitat Civil (PETL), presentats pel Grup Europeu de la Responsabilitat Civil, disposen en el seu Art. 6:102 (1) que

*“una persona respon pel dany causat pels seus auxiliars en l'exercici de les seves funcions sempre que hagin violat l'estàndard de conducta exigible”*³³.

Per la seva part, els Principis de responsabilitat civil aprovats per l'*Study Group on a European Civil Code*, en el marc del *Common Frame of Reference* també estableixen en l'Art. VI 3:201 (1) DCFR:

*“Qui emplea o obliga amb un vincle similar a un altre és imputable per la causació d'un dany jurídicament rellevant patit per un tercer quan la persona empleada o obligada: (a) ha causat el dany en el curs de les funcions; i (b) ha causat el dany intencionalment o negligentment, o la causació del dany li és imputable de qualsevol altra forma”*³⁴.

Com indiquen els comentaris a aquesta darrera disposició, el precepte estableix un règim de “responsabilitat objectiva” que no depèn del dol o culpa del responsable, sinó de la persona que ha causat el dany directament (auxiliar). En la justificació

³¹ The American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006, pp. 151 i ss, 198 i ss. El règim segueix, per bé que amb diferències substancials, el model que ja establia l'antic Art. 219 *Restatement (Second) of Agency*, segons el qual “A master is subject to liability for the torts of his servants committed while acting in the scope of their employment”.

³² Segons explica Koziol, la proposta de redacció del nou § 1315 ABGB, continguda al projecte de reforma del dret austríac de la responsabilitat civil, opta per un model de responsabilitat vicària, seguint la línia majoritària en el context comparat (vegeu Helmut Koziol, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Wien, Jan Sramek, 2010, núm. 6/117, p. 220).

³³ Es segueix la versió catalana dels PETL, així com els comentaris traduïts al castellà, publicats per l'European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducció a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

³⁴ En l'original anglès: “A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged: (1) caused the damage in the course of the employment or engagement; and (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage”.

del règim, els comentaris constaten com, fins i tot en aquells ordenaments jurídics en què, al menys en teoria, la norma preveu la possibilitat d'exoneració del principal provant que supervisà diligentment els seus auxiliars, els tribunals incrementen el nivell d'exigència fins el punt que en la pràctica esdevé impossible aconseguir l'exoneració³⁵.

Tant als PETL com al DCFR, la regla relativa a la responsabilitat vicària del principal contrasta amb el règim de responsabilitat per culpa presumpta aplicable als pares i guardadors pels danys que causen els seus fills menors o els seus pupils (Art. 6:101 PETL i Art. 3:104(1) i (2) DCFR). En ambdós casos, es justifica aquesta diferència de règim en el diferent interès que es tutela en un i altre cas. Així, el control que els pares i tutors exerceixen sobre els seus fills menors o els seus pupils no és tant en benefici propi, sinó en el dels seus propis fills o pupils i, més en general, en interès de la societat. En canvi, l'empresari que utilitza uns auxiliars en l'exercici d'una activitat econòmica potencialment creadora de riscos ho fa en el seu propi benefici personal³⁶. Aquest fet justificaria subjectar els empresaris a un règim més estricte de responsabilitat i sotmetre, en canvi, als pares i als guardadors a un règim de responsabilitat més moderat³⁷.

Tots aquests factors s'han de considerar a l'hora d'emprendre una possible regulació sobre la matèria. El model tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal és producte d'un context històric i econòmic determinat, marcat per la voluntat d'estimular el desenvolupament industrial i de protegir a sectors empresarials incipients, així com a petits empresaris agrícoles i artesanals, de les conseqüències econòmiques d'un increment de demandes pels danys causats pels seus auxiliars³⁸. El paradigma actual és un altre. L'empresari individual ha perdut pes enfront de grans organitzacions empresarials, complexes i anònimes, de manera que el centre d'atenció es trasllada de la conducta individual a l'activitat organitzativa mateixa. Els models d'organització empresarial ja no es basen exclusivament en

³⁵ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Berlin, Sellier/Bruylant/Stämpfli, 2009, p. 632.

³⁶ Vegeu els comentaris introductoris als Arts. 6:101 i 6:102 PETL (European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 158). Vegeu també, en el context del dret anglès, Tony Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2d, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 104.

³⁷ Com assenyalen els Comentaris al CFR, "la protecció de la família, des del punt de vista dels drets fonamentals, prohibeix socialitzar els avantatges que comporten els fills i individualitzar-ne les conseqüències negatives" (Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Com. Art. VI 3:104, cit., núms. 1-3, pp. 613-614).

³⁸ Magnus / J. Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 112.

relacions verticals o de dependència. Sovint, les tasques es distribueixen horitzontalment, les relacions entre treballadors o entre aquests i els directius es dilueixen en models més informals de gestió, i les relacions entre els treballadors i les empreses devenen més tènues i inestables (p. ex. amb treballadors a temps parcial, treballadors temporals, etc.). En definitiva, es tracta d'una realitat que, probablement, encaixa millor amb un model de responsabilitat vicària que amb el tradicional règim de responsabilitat per culpa presumpta del principal³⁹.

Des d'un punt de vista de política jurídica, un règim de responsabilitat objectiva del principal pels danys que causen negligentment els seus auxiliars és coherent amb la idea de carregar aquell que presumptament obté el benefici —generalment econòmic— d'una activitat, amb les conseqüències danyoses que deriven del seu exercici⁴⁰. En aquest sentit, s'afirma que un règim de responsabilitat vicària incentiva al principal a desplegar la seva superior capacitat per a controlar els riscos que resulten de l'activitat dels seus auxiliars⁴¹, cosa la qual és certa tant des del punt de vista tècnic com econòmic. En sentit tècnic, el principal és qui millor coneix els riscos de la seva empresa i qui es troba en millor posició per establir instruments de prevenció i control sobre l'actuació dels seus auxiliars: pot organitzar activitats de formació; adoptar sistemes de vigilància; prohibir i, en el seu cas, sancionar, determinats comportaments i actuacions; pot adoptar mesures de manteniment i renovació de maquinària i d'aparellatge, etc⁴². Des del punt de vista econòmic, també és el principal qui, en comparació amb els auxiliars, sol estar en millor posició econòmica per fer front a les conseqüències indemnitzatòries derivades de la seva activitat i poder repercutir el cost de la responsabilitat sobre el preu dels productes o serveis

³⁹ Sobre aquesta qüestió vegeu, W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 704.

⁴⁰ Olivier Moréteau, “Comentarios al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros”, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 158. Sobre aquest, i d'altres arguments, vegeu també Pablo Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre / J. A. Ruiz García / Antoni Rubí / José Piñeiro, *Respondeat Superior I*, InDret. Revista para el análisis del derecho, 2/2002, pp. 6 i ss.

⁴¹ Sobre aquests raonaments, es pot consultar Gerhard Wagner, “The Law of Torts in the DCFR”, a Gerhard Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Berlin, Sellier de Gruyter, 2009, p. 251; Reiner H. Kraakman, “Vicarious and Corporate Civil liability”, a Michael Faure (Ed.), *Tort Law and Economics*, Vol. 1. Encyclopedia of Law and Economics, 2nd., Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2009, p. 135; Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., p. 104.

⁴² Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251; Salvador Coderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 8. Reiner H. Kraakman, *Vicarious and Corporate Liability*, a Boudewijn Bouckaert / Gerrit de Geest (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 670 et seq.

que presta⁴³. A més a més, en la mesura que pot cobrir els riscos globals del seu negoci i protegir els seus auxiliars mitjançant una sola pòlissa assegurativa, es troba en posició de “cheapest cost insurer”⁴⁴. Finalment, des del punt de vista del nostre dret, un model de responsabilitat vicària supera algunes de les dificultats que l'aplicació pràctica del règim previst en l'art. 1903.IV CC ha posat de manifest i, com s'ha vist, sembla més coherent amb el resultat pràctic a què arriben els tribunals espanyols i sosté un sector important de la nostra doctrina.

2. Responsabilitat de l'empresari o responsabilitat del principal? Una interpretació àmplia de la relació de dependència

2.1 De la responsabilitat de l'empresari per fets dels treballadors a la responsabilitat del principal per fets dels auxiliars

Quant als subjectes als quals resulta aplicable el règim de responsabilitat vicària proposat, l'alternativa és doble: o bé es restringeix el règim a aquells que tenen la condició estricta d'empresaris, actuen en el marc d'una activitat econòmica i persegueixen l'obtenció d'un benefici econòmic; o bé la seva aplicació s'estén més enllà i es condiciona al simple fet d'existir una relació de subordinació que aprofita a qui es troba situat en una posició de superioritat⁴⁵.

En el nostre dret, és habitual parlar de responsabilitat de “l'empresari” per fet dels “dependents” o dels “treballadors”. El mateix Art. 1903.IV CC parla de la responsabilitat de “los dueños o directores de un establecimiento o empresa”, expressió ambigua que no ha impedit que els tribunals hagin estès l'aplicació del seu règim més enllà d'aquells que tenen la condició estricta d'empresari —entès en el sentit de

⁴³ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 704; Kraakman, *Vicarious and Corporate Liability*, cit., p. 671.

⁴⁴ Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251; Salvador Corderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 6.

⁴⁵ Sovint, especialment als ordenaments jurídics angloamericans, s'ha utilitzat l'expressió “respondeat superior” per a referir-se a aquesta concepció més àmplia. Una expressió que, en ocasions, ha estat subjecte a crítiques. No obstant, com assenyala Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 703, si bé l'expressió “respondeat superior” ha estat criticada perquè és massa general i no recull tots els matisos dels diferents règims a què pot estar subjecte el principal que actua a través d'auxiliars, probablement és vàlida com a expressió que intuïtivament reflecteix bé la idea que aquell que posa en marxa un procés, en benefici propi, ha de respondre per les conseqüències que en deriven, amb independència de si és ell mateix qui desenvolupa l'activitat o ho fa a través d'altres persones.

persona física o jurídica que és titular d'una explotació econòmica⁴⁶—. Com declara la STS 14.5.2010 [JUR 2010\182282] la relació de dependència de l'Art. 1903.IV CC, “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”; i afegeix la STS 1.6.2010 [JUR 2010\201804] que, més enllà del camp contractual, el precepte pot tenir aplicació a qualsevol “relación jurídica o de hecho”.

En d'altres ordenaments, la terminologia és també molt variada i no sempre es redueix a l'estricta relació empresari–treballador⁴⁷, la qual cosa ha portat al professor von Bar a afirmar que l'ús habitual de les expressions “empresari” i “treballador” respon més a raons de simplificació i claredat que a un veritable criteri tècnic. La responsabilitat de l'empresari per fet dels seus treballadors o dependents constitueix el grup de casos de més freqüent aplicació d'aquest règim jurídic, però és suficient fer una ullada a l'experiència jurisprudencial de la major part de països del nostre entorn per comprovar com la seva aplicació sol anar més enllà del simple vincle establert a partir d'un contracte de treball o d'un contracte de serveis, per a cobrir totes aquelles situacions en què una persona (auxiliar) actua sota la dependència —o en posició de subordinació— respecte d'una altra (principal), que rep els beneficis de l'activitat del primer⁴⁸.

L'èmfasi es situa, doncs, en la relació de supra- i subordinació (en el vincle de dependència), més que no pas en la condició d'empresari o treballador d'aquells que en formen part⁴⁹. Per aquesta raó, sembla preferible parlar de responsabilitat del “principal” per fets dels “auxiliars” (o “dependents”), i evitar la més restringida

⁴⁶ Vegeu, entre d'altres, Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, a Peña López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 152-153.

⁴⁷ Així, l'Art. 1384(4) *Code Civil* francès parla de “preposés”, i la doctrina utilitza l'expressió “responsabilité du commettant par le fait des préposés” (Viney / Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., cit., p. 974; el § 831 BGB utilitza l'expressió “Verrichtungsgehilfen” (col·laboradors en el compliment), expressió equivalent a la que utilitza el § 1315 ABGB austríac (“Besorgungsgehilfen”); el Codi Civil holandès parla de “ondergeschikte” (Art. 6:107 BW), que podria traduir-se com auxiliars o dependents, el Codi portuguès de “comissários” (Art. 500), o l'italià de responsabilitat dels “padroni e i committenti” pels actes dels “domestici e commessi” (Art. 2049 Codice). Per la seva part, en el context angloamericà solen ser freqüents les expressions “employer” i “employee”, amb una connotació més directament relacionada amb la relació “empresari”-“treballador”.

⁴⁸ von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

⁴⁹ van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1607-3, p. 460.

“d'empresari” i “treballador”. La primera cobreix un ventall de casos més ampli i s'adiu millor amb la varietat de situacions a què resulta aplicable. Es tracta, en definitiva, d'establir un règim general de responsabilitat basat en l'existència d'una relació de subordinació entre el causant directe del dany i aquell que, sense haver-lo causat directament però pel fet de trobar-se en una posició de superioritat i obtenir els beneficis que produeix l'activitat, assumeix les conseqüències que deriven de l'actuació negligent de l'auxiliar. Aquesta relació de superioritat existeix sempre que l'actuació de l'auxiliar estigui subjecte a les instruccions del principal, i que aquest exerceixi funcions de supervisió i control sobre l'actuació d'aquell, amb independència de la naturalesa de la relació interna —contractual o no— que els vincula, així com de les seves característiques⁵⁰.

Novament, aquesta opció és coherent amb la posició majoritària en el context comparat, així com amb les dues propostes de Principis europeus en matèria de responsabilitat civil presentades els darrers anys. Entre els ordenaments jurídics europeus, són minoritaris els qui condicionen l'aplicació del règim de responsabilitat del principal a l'existència d'un contracte de treball o de serveis entre “l'empresari” i “el treballador”⁵¹. En canvi, la majoria opten per una solució més laxa i —en línia amb la idea que es sosté aquí— consideren suficient l'existència d'una relació de dependència o subordinació entre principal i auxiliar, sense necessitat que el fonament jurídic es trobi en un contracte de treball o de serveis; que la relació sigui permanent o temporal (així, per exemple, una cangur que, seguint les indicacions dels pares, s'ocupa puntualment dels fills durant un període de dues hores, també serà considerat auxiliar)⁵²; i amb independència que l'auxiliar rebi o no una retribució a canvi⁵³. Tampoc és imprescindible que la relació de dependència s'origini en un context contractual⁵⁴, sinó que pot resultar d'altres contextos, com succeeix en les relacions entre parents, entre amics o entre veïns que, ocasionalment, es po-

⁵⁰ von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

⁵¹ Aquest és el cas, per exemple, dels Països Baixos i de Polònia (Miquel Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 508; Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300.

⁵² En el mateix sentit, Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 9, p. 636.

⁵³ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508; Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300.

⁵⁴ Així, amb nombroses referències comparades, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

den prestar serveis amb caràcter no remunerat⁵⁵. Allò rellevant és que el servei beneficiï el principal, i que l'auxiliar actuï conforme a les instruccions i sota el control del primer⁵⁶.

No obstant, un enfocament tan ampli com el que s'acaba d'exposar no sembla que pugui comportar l'aplicació automàtica del règim de responsabilitat vicària a qualsevol situació en la que algú actua per un altre, pel simple fet que existeixi una mínima relació de subordinació, per tènue que aquesta sigui. Per això, sembla raonable l'observació del DCFR, en el sentit de requerir que la seva entrada en funcionament quedi subjecte al requisit que la prestació o servei encomanats a l'auxiliar siguin del tipus dels que habitualment es presten en el marc de relacions contractuals o, com a mínim, quasi-contractuals (p. ex. gestió de negocis aliens)⁵⁷. I això, amb independència de la forma com s'hagi prestat en el cas concret. Com a conseqüència, quedarien exclosos del règim de responsabilitat vicària els típics favors personals, amistosos o espontanis que les persones es presten en la vida diària⁵⁸.

Per altra part, és difícil trobar en la jurisprudència espanyola un llistat de criteris que permetin establir als tribunals en quins casos existeix relació de dependència o de subordinació. Mentre que en la doctrina alemanya s'ha proposat un criteri que va més enllà del control directe de la conducta de l'auxiliar i es centra en la capacitat de control i supervisió del risc organitzatiu, així com la capacitat econòmica per afrontar-lo⁵⁹, la doctrina i la jurisprudència angloamericanes prefereixen operar

⁵⁵ Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508.

⁵⁶ von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 208-209. En relació amb el dret nord-americà, el comentari f) a l'Art. 7.07 del *Restatement (Third) of Torts. Agency* (The American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts Third. Agency*, vol. 2, St. Paul, Minn., 2006, p. 210) assenyala també que "el fet que un agent actuï de manera gratuïta no allibera el principal de responsabilitat vicària, quan el principal controla o té el dret de controlar la forma i mitjans del compliment de l'encàrrec per part de l'agent".

⁵⁷ Vegeu Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code (PEL Liab. Dam.), *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 9, p. 636). En la jurisprudència espanyola, algunes sentències semblen haver apuntat en aquesta línia. Així, per exemple, les SSTs 23.9.1988 [RJ 1988\6854] i de 8.5.1990 [RJ 1990\3690], relatives a la cessió de vehicle entre pare i fill o entre cosins, que justifiquen l'aplicació de l'art. 1903 CC pel caràcter "cuasi-negocial" de la relació. Ambtot, cal reconèixer que, almenys en relació als supòsits de fet a què es referien ambdues sentències, aquesta qualificació era més aviat forçada.

⁵⁸ Així, segons els comentaris de l'Art. VI 3:201 DCFR hauria de quedar fora del marc d'aplicació del precepte el cas de la mestressa de casa que demana a un convidat de portar una safata de sopa calenta al menjador, el qual, mentre la transporta, la vessa negligentment sobre un altre convidat.

⁵⁹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., num. 1607, p. 460.

amb criteris més concrets. Entre ells, destaquen el grau de control que el principal exerceix sobre les tasques de l'auxiliar; si el principal, a més d'indicar les tasques que l'auxiliar ha de realitzar, especifica també la forma com les ha de dur a terme; si el material, l'instrumental, les eines o les instal·lacions amb què l'auxiliar ha de desenvolupar l'activitat les proporciona el principal o les aporta el propi auxiliar; si el tipus de tasca que realitza l'auxiliar forma part de l'activitat professional, comercial o empresarial habitual del principal; si el tipus de tasca està subjecta habitualment a la direcció del principal o si, en canvi, es realitza sense la seva supervisió; si l'auxiliar es dedica habitualment a l'activitat encomanada, i si ho fa per compte propi o aliè; les habilitats requerides a l'auxiliar; el tipus de relació existent entre principal i auxiliar, el seu contingut i la seva durada; en el cas que la relació tingui naturalesa contractual, de quin tipus de contracte es tracta; si l'auxiliar rep una retribució i si aquesta es presta per activitat realitzada o per temps treballat; si les aportacions a la Seguretat Social i d'altres pagaments a l'administració les duu a terme el principal o l'auxiliar; etc⁶⁰.

2.2 Responsabilitat pels fets dels treballadors cedits

Una qüestió problemàtica que es planteja en diferents ordenaments jurídics és la relativa a la responsabilitat pels fets dels treballadors cedits entre empreses, és a dir, d'aquells treballadors que el seu empresari subcontracta o cedeix temporalment a un altre, per tal que realitzin una determinada tasca, o perquè li donin suport puntual en un moment d'intensitat de feina (els anomenats "borrowed employees" o "casual employees" en el dret angloamericà). Quan el treballador cedit causa danys negligentment a un tercer, cal decidir quin dels dos empresaris —si el cedent o el cedit— té la condició de principal als efectes de considerar-lo responsable vicari enfront de la víctima.

Un dels exemples típics —no només al nostre país— es refereix als treballadors portuaris que desenvolupen la seva activitat en empreses estibadores i que són cedits d'una empresa a l'altra⁶¹. En molts casos, els treballadors són contractats per una empresa, que és qui gestiona la seva cessió temporal a les empreses que executen directament les tasques d'estiba i desestiba dels contenidors. La realització negligent d'aquestes operacions pel treballador cedit causa danys a les mercaderies

⁶⁰ Així, American Law Institute, *Restatement of the Law of Third. Agency*, vol. 2, cit., Comm. f) a l'art. 7.07, p. 211. En general, Dobbs, *The Law of Torts*. Vol. 2, cit., p. 917. En el dret anglès, Rogers, *Winfield & Jollowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711.

⁶¹ Vegeu, entre d'altres, SSTS 28,2,1983 [RJ 1983\1083]; 20.5.1986 [RJ 1986\2772]. En el dret anglès, un dels *leading cases* en matèria de treballadors cedits també es refereix als danys causats per treballadors d'empreses estibadores portuàries que són temporalment cedits a d'altres empreses, on desenvolupen el mateix tipus de tasca que realitzaven a l'empresa cedent. Així, per exemple, *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd.* [1947] A. C. 1.

transportades i el seu titular –o, en ocasions, l’asseguradora que cobria els riscos del transport– reclama la indemnització dels danys i perjudicis.

Amb bon criteri, quan el Tribunal Suprem espanyol examina aquests casos amb la voluntat d’establir quina de les dues empreses –si cedent o cedida– tenia la condició de principal d’acord amb l’Art. 1903.IV CC, intenta discernir quina d’elles exercia la direcció i el control reals sobre l’activitat del treballador. Com diu la STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001]

“la jurisprudencia de esta Sala ha declarado uniforme y reiteradamente, que la empresa responda en virtud de lo dispuesto en el Art. 1903, párrafo 4º, Cód. Civ., del daño causado a terceros por sus trabajadores en virtud de una culpa «in vigilando» o «in eligendo», siempre que el trabajador esté sometido a las órdenes, o instrucciones de dicha empresa, o vigilancia de su actividad laboral, y que tal responsabilidad es directa, no subsidiaria de la del trabajador”.

En la majoria d’ocasions, això porta a fer respondre l’empresa cedida⁶², amb l’argument que la cedent “carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador”. En d’altres sentències, però, el Tribunal ha preferit la condemna solidària dels dos empresaris, com en el cas de la STS 28.2.1983 [RJ 1983\1083] en la que, juntament amb la responsabilitat per culpa *in vigilando* de l’empresari cedit, s’aprecià la culpa *in eligendo* de l’empresari cedent per no haver seleccionat diligentment el treballador que havia de realitzar la tasca o servei per l’altre empresari. Lesmentada STS 9.7.2001 detalla les infraccions que podrien determinar la responsabilitat de l’empresa cedent, en el cas que no exercís tasques de direcció i vigilància sobre el treballador:

“La responsabilidad de Estibarna [empresa cedent] frente a Terminal de Contenedores [empresa cedida] habrá de fundarse en su incumplimiento, si lo hubo, de la obligación de formación y preparación de los trabajadores de su plantilla, que ha de cederlos instruidos a las empresas que los necesiten obligatoriamente” [...]. Sin embargo, Estibarna carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador. De acuerdo con las disposiciones legales sobre estas sociedades (...), su misión se limita, en los aspectos que aquí interesan, a proporcionar personal a las empresas estibadoras o desestibadoras que lo necesitan en el desarrollo de su actividad, que se realiza, sobre el personal susodicho, bajo la dirección y control de las mismas”.

També es va decantar per la responsabilitat solidària la STS 12.12.1988 [RJ 1988\9427], relativa al propietari d’una finca agrícola que, per a realitzar tasques

⁶² Solució que es troba, per exemple, en les SSTS 28.2.1983 [RJ 1983\1083]; 20.5.1986 [RJ 1986\2772]; 12.12.1988 [RJ 1988\9427]; STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001]. En la doctrina, defensa aquesta posició Pedro Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 315.

de recol·lecció, va arrendar una màquina de segar propietat d'un dels demandats i conduïda per un treballador, també demandat. Mentre es duïen a terme les tasques de recol·lecció, va saltar una guspira, que va provocar un incendi i va cremar la collita de blat de la finca veïna. La companyia asseguradora dels propietaris veïns, una vegada satisfeta la indemnització, es va subrogar en les accions dels assegurats i va interposar demanda contra el propietari de la finca que havia arrendat la màquina recol·lectora, el propietari de la màquina i contra el conductor. El Tribunal Suprem va confirmar les sentències d'instància i va condemnar a tots els demandats a respondre solidàriament pels danys i perjudicis causats. La sentència es plantejava el fonament de la responsabilitat del propietari de la finca que havia encarregat les tasques de recol·lecció, el qual al·legava que el conductor de la màquina no era auxiliar seu i que, per tant, no havia de respondre en base a l'Art. 1903.IV CC. No obstant, el Tribunal Suprem va rebutjar aquesta al·legació, en considerar que no constava “que los trabajos de recolección se verificaran con plena autonomía e independencia del dueño de la finca”, a banda del fet que també podria apreciar-se la seva responsabilitat per culpa pròpia (*ex Art. 1902 CC*), en no haver adoptat les mesures necessàries en la pròpia finca, dirigides a impedir l'extensió d'un previsible risc d'incendi”.

En el context comparat, la regla de la solidaritat entre empresari cedent i el cedit és minoritària⁶³. També és molt excepcional la solució que atribueix automàticament la responsabilitat a l'empresari cedit⁶⁴. En canvi, el criteri dominant es decanta per examinar les circumstàncies concurrents en el cas i atribuir la responsabilitat a aquell que exercia el poder real d'instruir i de controlar efectivament l'actuació del

⁶³ Així ho exposa Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, que esmenta alguns estats nord-americans, Països Baixos, tot i que amb excepcions, i també en algun cas, Espanya. Per a les específiques referències nord-americanes, es pot veure Dobbs, *The Law of Torts*, pp. 930-931 i les sentències que allà s'esmenten.

⁶⁴ Es tracta de la solució que, excepcionalment, adopten alguns tribunals nord-americans, en l'àmbit de la responsabilitat mèdica i hospitalària, en el context de l'anomenada “doctrina del capità del vaixell” (the captain of the ship doctrine). D'acord amb aquesta solució, quan un ATS o metge resident contractat per un hospital és cedit a un cirurgià independent per tal que l'assisteixi en una intervenció, si el treballador negligentment danya al pacient, la responsabilitat vicària recau de forma automàtica sobre el cirurgià, en la mesura que aquest tenia la condició de “capità del vaixell” durant la intervenció; és a dir, era qui exercia el control sobre l'activitat del treballador. Aquesta doctrina ha estat criticada perquè, en operar automàticament, no valora en cada cas concret si, d'acord amb les circumstàncies concurrents, el control l'exercia efectivament el cirurgià cedit o l'hospital cedent (Dobbs, *The Law of Torts*, cit., pp. 931-932).

treballador⁶⁵. Els factors rellevants per a resoldre aquesta qüestió poden tenir naturalesa molt diversa. Així, en el dret angloamericà s'ha tingut en compte, entre d'altres, circumstàncies com ara quin dels dos empresaris retribuïa al treballador; quin retenia la facultat d'acomiadar-lo; quin dels empresaris seguia realitzant les aportacions a la Seguretat Social i satisfent altres tipus de taxes o impostos; la durada del contracte amb l'empresa cedent (temporal o indefinit); la durada del servei en l'empresa cedida; el material i el tipus de maquinària utilitzada, així com si els aportaven l'empresari cedent o el cedit, etc⁶⁶. En la jurisprudència anglesa, un factor que s'ha considerat determinant es refereix a quin dels empresaris tenia la capacitat d'indicar al treballador no només les tasques havia de realitzar, sinó —de manera més específica— com les havia de dur a terme. En aquest darrer cas, no seria tant la capacitat d'instruir i controlar la tasca concreta a realitzar com, sobretot, el mètode per a donar-li compliment, l'element que determinaria la condició de principal als efectes de considerar-lo responsable vicari⁶⁷. Per a facilitar la tasca provatòria, alguns ordenaments jurídics, com l'anglès, presumeixen *iuris tantum* la responsabilitat de l'empresari cedent, llevat que aquest demostrï que va transmetre al cessionari el control efectiu sobre del treballador⁶⁸.

Amb tota probabilitat, el criteri més adequat és aquell que busca, en cada cas, quin dels empresaris exercia el poder real sobre el treballador cedit. Això implica valorar les circumstàncies concorrents en cada cas, sense que es pugui avançar, *a priori*, una solució definitiva. Els factors que s'acaben d'esmentar constitueixen bons indicadors al respecte, i no han d'impedir que, si així es desprèn de la valoració feta, ambdós empresaris puguin acabar essent considerats corresponsables solidaris. En canvi, no sembla que la pràctica jurisprudencial espanyola posi de manifest una necessitat especial que justifiqui alterar les regles generals de la prova, mitjançant una presumpció semblant a la desenvolupada per la jurisprudència anglesa.

⁶⁵ Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303; von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 192, p. 210. En el dret nord-americà, Comment d.(2) a l'Art. 703 *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., p. 154.

⁶⁶ Entre d'altres, Comment d.(2) a l'Art. 703 *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., p. 154; Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 917; Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711.

⁶⁷ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711, amb referències jurisprudencials.

⁶⁸ Horton Rogers, *Liability for Damage Caused by Others under English Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 71. A diferència de l'anterior *Restatement (Second) of Agency* nord-americà (Com. b a l'Art. 227), que contemplava una presumpció semblant, l'actual Art. 703 *Restatement (Third) of Agency* (Comentari d(2)) no la contempla.

2.3 El cas del contractista independent

La solució majoritària en el context europeu exclou la responsabilitat del comitent pels danys causats pel contractista independent⁶⁹. La raó bàsica es troba en el fet que la relació que lliga a un i altre no genera el vincle de supra i subordinació que determina l'aplicació del règim de responsabilitat vicària entre principal i auxiliar.⁷⁰ Ni el contractista independent és un auxiliar del comitent, ni aquest pot ésser considerat principal si no exerceix la direcció, la instrucció o el control sobre l'actuació del contractista, malgrat que aquest pugui actuar en interès del primer.

Aquesta solució majoritària compta amb dues excepcions a Europa: els Països Baixos i Polònia. El Codi Civil holandès regula la responsabilitat pels fets del “contractista independent” (entès en sentit ampli) en dos preceptes diferents, l'un referit als qui anomena “no auxiliars” (Art. 6:171 BW), i l'altre relatiu als “representants” (Art. 6:172 BW). En el primer cas, s'estableix que si un no-auxiliar actua en el marc de l'activitat negocial d'un altre, aquest últim és responsable civil pels il·lícits comesos pel no-auxiliar en l'exercici d'aquella activitat, sempre que existeixi una connexió suficient entre l'actuació del contractista independent i els negocis o professió de qui el contractà. El comitent respon encara que provi que el no-auxiliar va incomplir les seves ordres⁷¹. Per la seva part, l'Art. 6:172 BW disposa que el representat respon pels actes il·lícits que cometi el representant en el marc del poder de representació⁷². En el cas de l'Art. 429 del Codi Civil de Polònia, també s'estableix la responsabilitat del comitent pels danys causats per l'actuació del contractista independent en el compliment de les tasques encomanades. El règim vigent a Polònia, però, permet al comitent exonerar-se si prova que va actuar diligentment en la selecció del contractista, o bé que havia confiat la tasca a una persona o empresa que acostuma a realitzar aquest tipus de tasques professionalment⁷³.

No obstant aquestes dues excepcions, sembla que exclou l'aplicació del règim de responsabilitat vicària als danys causats pel contractista independent és la posició

⁶⁹ Vegeu von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 200, p. 216; Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 306. Específicament, pel dret anglès, Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., p. 107.

⁷⁰ Olivier Moréteau, Comentaris al Art. 6:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 9, p. 163.

⁷¹ Matthias Haentjens / Edgar du Perron, *Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 179.

⁷² Haentjens / du Perron, *Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 180.

⁷³ Mirosław Nesterowicz / Ewa Baginska, *Liability for Damage Caused by Others under Polish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 193.

més coherent amb els arguments que s'han desenvolupat abans en configurar el vincle de dependència. La relació entre el comitent i el contractista independent no és de subordinació, sinó d'igualtat: en complir l'encàrrec o gestió encomanada, el contractista independent pren les seves pròpies decisions i actua de manera autònoma, d'acord amb el seu propi criteri. I quan no és així, deixa de ser "independent".

L'exoneració del comitent és, també, la solució que proposen els treballs per a l'aproximació del dret europeu de la responsabilitat civil. Així, l'Art. 6:102 dels PETL conté una disposició específica que s'ocupa de la qüestió i assenyalava que "el contractista independent no es considera auxiliar als efectes d'aquest article". Segons l'explicació que els comentaris donen de la regla, "semblaria injust imposar responsabilitat al demandat quan aquest no té cap tipus de control sobre l'agent que es comporta de manera il·lícita ni sobre la manera en què aquest executa els seus treballs"⁷⁴. Per la seva banda, tot i que el text de l'art. VI.3:201 DCFR no s'hi refereix expressament, el comentari núm. 7 al precepte assenyalava que "de conformitat amb els ordenaments jurídics de quasi tots els estats membres, el precepte no estableix cap responsabilitat pels (sub-)contractistes independents i els seus operaris"⁷⁵. Aquest plantejament encaixa amb la posició de la jurisprudència espanyola al respecte, que de forma reiterada rebutja fer respondre al comitent pels danys causats pel contractista independent, declarant que la responsabilitat ha de recaure exclusivament sobre el "contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista" (SSTS 8.5.1999 [RJ 1999\3101]; 1.10.2008 [RJ 2009\134]).

Qüestió diferent és que el comitent pugui acabar responnent amb base a d'altres possibles fonaments de la responsabilitat. Així, en alguns països, com els Estats Units o el Regne Unit, s'han desenvolupat els anomenats "deures no delegables" (*non-delegable duties*), que sorgeixen quan, en relació a determinades situacions i activitats, es considera que el comitent ha de suportar els riscos que en deriven, sense que es pugui exonerar pel simple fet d'haver designat un contractista independent per a realitzar-les, ni tampoc provant que l'havia seleccionat de forma diligent⁷⁶. Això succeeix només en relació a determinades activitats establertes en lleis especials o identificades per la jurisprudència, com és el cas de la realització d'obres públiques en carreteres; realització d'obres en una finca veïna que causen

⁷⁴ Olivier Moréteau, Comentaris al Art. 6:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 9, p. 163.

⁷⁵ Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 7, p. 634.

⁷⁶ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., pp. 729 i ss;

danys en l'estructura de la finca adjacent; deures que té l'ocupant d'una finca en relació a visitants legítims; danys causats amb motiu de la realització d'activitats especialment perilloses; o activitats que estan subjectes a un règim de responsabilitat objectiva⁷⁷.

Al nostre ordenament jurídic —com ocorre en l'alemany⁷⁸— també s'ha admès la possibilitat de fer respondre el comitent que actua a través de contractistes independents quan es demostra la seva negligència en la selecció d'aquests darrers, o bé quan les circumstàncies del cas fan prova de l'incompliment de certs deures residuals que sempre recauen sobre el comitent en relació a la vigilància de l'actuació del contractista. Es tracta, però, d'un deure de vigilància general, que no té res a veure amb el més específic que deriva d'una eventual relació de dependència. Per aquesta raó, en aquests casos, el títol d'imputació de la responsabilitat del comitent no és el relatiu a la responsabilitat per fet aliè o a la responsabilitat vicària —falta el requisit de la relació de supra i subordinació— sinó el que deriva de la infracció del deure general de diligència de l'art. 1902 CC. Com s'ha reconegut en la doctrina espanyola⁷⁹ i en la jurisprudència recent del propi Tribunal Suprem⁸⁰, fora del sistema de responsabilitat per fet aliè, existeixen certs deures de diligència dels quals no es pot sostreure qui encarrega una gestió a un altre, encara que no existeixi relació de dependència. El seu compliment forma part del deure general de diligència previst en l'Art. 1902 CC. Justament per aquesta raó, quan el comitent respon amb base en aquest fonament, la seva responsabilitat és per fet propi, i no pas perquè se li traslladi o “comuniqui” una responsabilitat basada en la conducta negligent del contractista, que és el tret que defineix la responsabilitat vicària.

⁷⁷ Per un llistat exemplificatiu (perquè molts supòsits són de creació jurisprudencial i no es tracta de grups de casos tancats), pot veure's, Alastair Mullis / Ken Oliphant, *Torts*, 3th., Hampshire-New York, 2003, pp. 351-352; John Hodgson / John Lewthwaite, *Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 5-7; Sam Blay / Andrew Gibson / Bernardette Richards, *Torts Law in Principle*, 4th., Sydney, Thomson, 2005. Als EUA, Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 920.

⁷⁸ Pel dret alemany, vegeu Gerhard Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band. 5: *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, 4. Aufl., München, Beck, 2004, Rdn. 12, p. 2007; Hein Kötz / Gerhard Wagner, *Deliktsrecht*, Neunte Aufl. Neuwied und Krefeld, Luchterhand, 2001, Rdn. 274, p. 110.

⁷⁹ José M^a Miquel González, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, ADC 1983/III, pp. 1506 i ss; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 239; Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9251)*, a CCJC Octubre/Desembre 2006, núm. 72, pp. 1275 i ss.

⁸⁰ SSTs 18.7.2005 [RJ 2005\9251]; 3.4.2006 [RJ 2006\1871]; 1.10.2008 [RJ 2009\134].

3. L'actuació dins l'àmbit de les funcions encomanades

3.1 El criteri general

Un requisit comú als règims de responsabilitat vicària és que l'actuació de l'auxiliar es dugui a terme “en l'exercici de les funcions” (Art. 6:102 PETL) o “en el curs del treball o del vincle” (Art. VI 3:201 DCFR)⁸¹. Segons explica el *Restatement (Third) of Agency* nord-americà, aquest requisit es justifica pel fet que quan l'auxiliar actua fora de l'exercici de les funcions, el principal no pot controlar la seva actuació i, per tant, imposar-li responsabilitat no li generaria cap incentiu per adoptar mesures de prevenció del dany⁸².

La principal dificultat d'aquest requisit rau en el grau de connexió que ha d'existir entre la conducta de l'auxiliar i les tasques assignades⁸³. Segons van Gerven, aquesta qüestió es pot resoldre des de tres perspectives possibles.

La primera d'elles és la més estricta i considera que l'auxiliar actua fora de les funcions encomanades (en conseqüència, el principal no respon) des del mateix moment en què duu a terme alguna actuació prohibida pel principal o actua en contra dels seus interessos. És probable que aquesta perspectiva, que constitueix un bon punt de partida per afrontar la qüestió, sigui massa limitada en la pràctica, com ho prova el fet que tots els ordenaments jurídics hagin adoptat enfocaments més amplis, que els porten a declarar la responsabilitat del principal per actes que els auxiliars realitzen en contra dels seus interessos o en infracció d'alguna de les prohibicions que els han estat imposades.

Un segon model, seguit per ordenaments com Anglaterra, Alemanya o Suïssa, considera que l'element determinant de la responsabilitat del principal es troba en l'actuació dins l'àmbit objectiu de les funcions. A diferència de l'enfocament anterior, aquesta actuació no només té lloc quan l'auxiliar aconsegueix les tasques expressament assenyalades pel principal o quan actua en interès d'aquest, sinó també quan, per exemple, executa les tasques encomanades de forma inapropiada (per-

⁸¹ Les expressions en els drets nacionals són diverses. Així, per exemple, l'Art. 1384(5) *Code Civil* usa l'expressió “dans les fonctions auxquelles ils les ont employés” (idèntica expressió que utilitza l'Art. 1386(10) del recent Projecte de reforma); el § 831(1) BGB es refereix a “in Ausführung des Verrichtung” (“en l'execució de l'activitat”); la jurisprudència i la doctrina angleses requereixen que el dany sigui causat “in the course of employment” (Horton Rogers, *Liability for Damage Caused by Others under English Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 69), mentre que a Itàlia, l'Art. 2049 *Codice* parla de qui ocasiona danys a un altre “nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”.

⁸² American Law Institute, *Restatement (Third) of Agency*, Comment b) a l'Art. 707, cit., p. 200.

⁸³ van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., p. 531.

què no segueix estrictament les instruccions que se li han donat⁸⁴), quan incompleix alguna prohibició, o quan la seva actuació perjudica els interessos del principal⁸⁵. En aquest sentit, s'afirma que complir malament una tasca, o complir-la de forma contrària a les indicacions del principal és també una forma d'executar les tasques assignades⁸⁶.

Certament, aquestes orientacions són molt genèriques, i un dels principals inconvenients d'aquest segon grup d'ordenaments rau en les dificultats per delimitar l'abast de l'actuació "en l'àmbit de les funcions encomanades". Així, d'una banda, aquests sistemes consideren que haurien d'entrar "dins l'àmbit de les funcions" aquells danys que són la manifestació típica de riscos "suficientment inherents" o "característics" de l'activitat de l'empresari, encara que l'auxiliar hagi contravingut alguna de les indicacions rebudes⁸⁷. D'una altra banda, però, solen excloure la responsabilitat del principal en els casos d'actuació de l'auxiliar "en ocasió de les funcions encomanades", en considerar que la connexió entre l'actuació de l'auxiliar i les tasques assignades és massa distant (*ausserer Zusammenhang*)⁸⁸.

⁸⁴ Com pot ser el cas, per exemple, del conductor d'un camió de transport que segueix una ruta diferent d'aquella que li ha estat indicada o autoritzada pel principal.

⁸⁵ En el cas anglès *Century Insurance Co. Ltd. v. Northern Ireland Road Transport Board* ([1942] A.C. 509, el conductor d'un camió de transport de petroli estava descarregant el seu contingut en un tanc que es trobava al garatge del demandant. En un moment durant l'operació de descàrrega va encendre una cigarreta i va llençar el llumí a terra, provocant una explosió que va danyar les instal·lacions del demandant. La House of Lords va entendre que el treballador actuava en el marc de les funcions encomanades i va apreciar la responsabilitat vicària de l'empresari (Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 715; van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., p. 532).

⁸⁶ El comentari c) a l'Art. 7.07 *Restatement (Third) of Agency* nord-americà, il·lustra bé aquesta posició: "La conducta d'un auxiliar es troba dins l'àmbit de les funcions quan constitueix el compliment de la tasca assignada pel principal. El fet que l'auxiliar desenvolupi la tasca negligentment no permet considerar la conducta de l'auxiliar fora de l'àmbit de les funcions, ni tampoc el fet que l'auxiliar cometi un error en desenvolupar la tasca. Semblantment, l'actuació no cau fora de l'àmbit de les funcions simplement perquè un auxiliar no segueixi les instruccions del principal" (American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., Comm. c), Art. 7.07, p. 203).

⁸⁷ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 712.

⁸⁸ Així, per exemple, en un cas suís, el treballador d'un pintor que havia estat contractat per pintar la cuina d'una casa va abusar sexualment de la criada domèstica que hi treballava. El tribunal suís va exonerar el principal en considerar que l'auxiliar havia actuat, no en execució de les funcions encomanades, sinó sols "en ocasió" d'aquelles, i que això quedava fora del règim de responsabilitat del principal per fets dels auxiliars (vegeu, Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 270). Vegeu, també, el comentari b) a l'Art. 7.07 *Restatement (Third) of Agency* (American Law Institute, *Restatement of The Law Third. Agency*, cit., Comm. b) Art. 7.07, pp. 202-203).

L'actuació “en ocasió de les funcions” és, precisament, el factor que diferencia aquest segon grup d'ordenaments d'aquells que integren el tercer model, molt més flexible, del qual formen part França, Itàlia o Espanya. Aquests ordenaments consideren que per fer respondre el principal pot ésser suficient l'existència d'una simple connexió objectiva entre l'auxiliar i la tasca encomanada. En conseqüència, no exclouen la responsabilitat del principal quan l'auxiliar actua fora de les estrictes funcions encomanades, però “en ocasió d'aquestes”⁸⁹. Per aquesta raó, la responsabilitat del principal no ha de quedar exclosa pel simple fet que l'actuació de l'auxiliar hagi tingut lloc fora de l'horari de treball, fora de les instal·lacions del principal, pel fet de desobeir una ordre o una prohibició del principal, etc.⁹⁰ En particular, la pròpia jurisprudència espanyola ofereix un ventall de casos en que, produint-se l'actuació de l'auxiliar fora de l'horari de treball i desobeint ordres del principal, s'aprecia la responsabilitat d'aquest, i a la inversa⁹¹. Entre d'altres i, en relació amb l'Art. 1903.IV CC, la STS 14.5.2010 [Id Cendoj 28079110012010100271] ha declarat que “los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”.

De fet, en relació amb aquesta darrera qüestió s'ha produït una evolució d'aquells ordenaments originàriament més restrictius cap a posicions més flexibles. Als Estats Units, per exemple, mentre que el *Restatement (Second) of Agency* limitava la responsabilitat del principal als casos en què la conducta de l'auxiliar “tenia lloc bàsicament en l'horari autoritzat i dins dels límits espaials” (antic Art. 228(1)(b)), l'actual art. 708 del nou *Restatement (Third)* reconeix que “un auxiliar pot actuar dins l'àmbit de les funcions encomanades tot i desenvolupar la seva activitat fora de l'horari de treball o gestionar els afers del principal en un lloc diferents de les instal·lacions de l'empresa”, amb l'argument que es tracta del criteri que millor

⁸⁹ Per França, vegi's van Dam, *European Tort Law*, cit., n. 1607, p. 462; Galand-Carval, *Liability for Damage Caused by Others under French Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 94. Respecte d'Espanya, Martín-Casals/Solé Feliu, *Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 243.

⁹⁰ Pel dret espanyol, Izquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 271-272. Pel dret francès, Viney / Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Ghestin (Dir.), *Traité de Droit Civil*, 3ème., cit., n. 799 i ss, pp. 995 i ss.

⁹¹ Una anàlisi exhaustiva de la casuística jurisprudencial es pot veure a Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario*, cit., p. 439 a 552. Tot i que la monografia és publicada l'any 1995, encara és de gran utilitat per a identificar els grups de casos i la seva problemàtica.

respon a les circumstàncies en què molts auxiliars desenvolupen actualment la seva activitat professional⁹².

En darrer terme, sembla clar que la responsabilitat del principal s'ha d'excloure en tots aquells casos en què l'actuació danyosa de l'auxiliar té lloc en un context estrictament personal o amb finalitats exclusivament particulars: allò que faci un auxiliar en el marc de la seva vida personal o familiar no ha d'afectar aquells que, en un context diferent com el professional o l'empresarial, actuen com a principals seus⁹³. Per aquesta raó, la STS 6.5.2009 [RJ 2009\2914] va excloure la responsabilitat de Telefònica pels danys causats per un seu empleat amb el cotxe de la companyia, mentre transportava la seva família amb finalitats particulars, fora de les hores de treball i amb plena desvinculació de les funcions que desenvolupava en l'empresa⁹⁴. La mateixa idea pot explicar el resultat exoneratori a què va arribar la STS 10.10.2007 [RJ 2007\6813], en relació als danys causats per l'agressió d'un jugador de bàsquet del "Club de Baloncesto Breogán" al porter d'un hotel, en el qual s'havia allotjat el jugador juntament amb la resta de l'equip. L'agressió es va produir quan, després d'haver-se disputat el partit, el jugador abandonava l'hotel amb un taxi al marge de l'estructura organitzativa del club. Seguint les indicacions del cap de recepció de l'hotel, el porter es va dirigir al taxista per a demanar-li que no marxés, atès que el jugador tenia pendent l'abonament de la factura del telèfon de l'habitació. En aquest precís moment, el jugador li va clavar dos cops de puny i el va colpejar amb una pedra al cap. Interposada demanda de responsabilitat civil contra el jugador i el club de bàsquet, el Jutjat de Primera Instància i l'Audiència Provincial varen condemnar-los solidàriament a indemnitzar al demandant, el primer per culpa pròpia (Art. 1902 CC) i el segon per la regla de l'Art. 1903.IV CC. Interposat recurs de cassació pel club esportiu, el Tribunal Suprem va cassar la sentència d'instància i va absoldre el club. En opinió del Tribunal, l'actuació del jugador s'havia desenvolupat fora del marc de les funcions per les quals fou contractat. Després de reconèixer que la vinculació professional d'un esportista amb el seu

⁹² American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, vol. 2, cit., Art. 707, comm. b, p. 201.

⁹³ Així, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 202, p. 218.

⁹⁴ De forma encertada, el Tribunal Suprem assenyala que "el conductor accidentado utilizaba el vehículo de su propiedad para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa", per la qual cosa la seva actuació constituïa "un acto individual completamente desvinculado de la Empresa con la que estaba ligado laboralmente, desde la idea de que toda responsabilidad ha de conectarse con el servicio asignado al autor directo y que la conducta negligente del empleado se debe producir en el ámbito propio de la actividad empresarial quedando fuera de la misma los supuestos en que los comportamientos o conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado".

club pot anar més enllà de l'exercici estricte de l'activitat esportiva, abastant aspectes tals com “el lloc de residència o d'estada, o la forma de trasllat als diferents llocs on es duen a terme els esdeveniments esportius”, el Tribunal Suprem descarta que aquesta vinculació es donés en el cas concret, atès que l'actuació danyosa es va produir en el moment en què el jugador “abandonaba el hotel (...) en un taxi, solo, y sin que conste que el traslado se realizaba en el marco de la organización y bajo la supervisión del Club”. En particular, l'Alt Tribunal declara que “a los efectos de la responsabilidad civil por hecho ajeno, la referencia al sometimiento a la disciplina del Club ha de entenderse com la sumisión a la organización de la entidad, a las órdenes y a las directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia y para la mejor consecución de los fines anudados a la misma; quedan fuera, por tanto, los comportamientos o conductas del agente que se realizan con total independencia de la estructura organizativa del Club, al margen del ámbito de organización, de decisión y, subsiguientemente, de control del mismo, y con absoluta desconexión con sus actividades, o con las funciones encomendadas a su dependiente”.

3.2 La responsabilitat del principal pels danys causats per actes intencionals i conductes delictives dels auxiliars

El cas dels danys causats de forma intencional o mitjançant una conducta constitutiva de delictes o falta constitueix una de les pedres de toc de l'abast del requisit relatiu a l'àmbit de les funcions encomanades als diferents ordenaments jurídics.

L'enfocament francès considera aplicable, d'entrada, la regla de l'Art. 1384(5) *Code Civil*, i admet la responsabilitat del principal pels delictes comesos pels seus auxiliars. Així, per exemple, en la sentència de la *Cour de cassation* (civ) 2, 22 May 1995, es plantejava el cas d'una demanda interposada contra una empresa de neteja que fou contractada per efectuar tasques de neteja en una joieria. L'empresa prestava els seus serveis a través d'un auxiliar el qual, mentre executava les tasques encomanades, va robar diversos objectes de la joieria. La *Cour de cassation* va admetre la responsabilitat del principal, tot declarant que “no actua fora de les seves funcions l'auxiliar d'una empresa de neteja que comet un robatori en els locals d'una joieria que l'empresa havia rebut l'encàrrec de netejar, en la mesura que ha actuat en el lloc on es desenvolupava el seu treball, durant el temps i en ocasió d'aquell”. Al dret espanyol, seria més que probable l'aplicació del règim de responsabilitat objectiva i subsidiària del principal pels fets constitutius de delictes o falta comesos pels seus dependents (Art. 120.4 CP), que la jurisprudència interpreta de manera àmplia. Tal i com ja assenyalava la STS, 2^a, 13.10.1993 [R] 1993\7377], el règim de responsabilitat civil del principal en el Codi Penal s'interpreta per la jurisprudència “de forma cada vez más abierta y flexible”, considerant responsable al titular d'una “empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, objeto o asunto, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad u ob-

jeto, aun con extralimitaciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse". Més enllà de les conductes constitutives de delictes, la STS 14.5.2010 [JUR 2010\182282] reconeix que la conducta intencional d'un auxiliar no exclou automàticament la responsabilitat del principal.

Enfront d'aquest plantejament, d'altres ordenaments jurídics, com l'anglès o l'alemany, adopten una perspectiva restrictiva. D'entrada, aquests ordenaments rebutgen que l'actuació dolosa o constitutiva de delictes d'un auxiliar caigui dins l'àmbit de les funcions encomanades. Així, en la sentència *Heasmans v. Clarity Cleaning*⁹⁵, el treballador d'una empresa de neteja contractada pel demandant, havia utilitzat el telèfon d'aquest per fer trucades de llarga distància i parlar així amb els seus amics. El demandant va interposar demanda de responsabilitat civil contra l'empresa de neteja, però el tribunal va rebutjar la seva responsabilitat vicària en considerar que, tot i que el treballador havia actuat dins del seu horari laboral, ho havia fet en interès personal seu⁹⁶.

Malgrat aquest plantejament restrictiu d'origen, la jurisprudència d'aquests països s'ha vist obligada a admetre una sèrie d'excepcions i a anar adoptant posicions més flexibles. Així, la sentència anglesa *Morris v. CW Martin & Sons Ltd.*⁹⁷ considera que una d'aquestes excepcions es dona en aquells casos en què el principal confia a l'auxiliar la conservació i custòdia de les coses que han estat objecte de robatori per l'auxiliar. En una línia similar, els tribunals anglesos també declaren la responsabilitat vicària dels titulars de centres d'internament de menors pels abusos sexuals comesos per treballadors del centre sobre els menors interns. L'argument fonamental el constitueix el fet que el titular del centre havia confiat la cura i les atencions dels menors al treballador i que, en virtut d'aquesta posició, el treballador podia influir sobre els menors en benefici propi. Segons l'extinta *House of Lords* anglesa, aquesta circumstància permet apreciar una connexió suficientment estreta entre l'àmbit de les funcions encomanades i els actes dels auxiliars com per atribuir la responsabilitat al principal (entre d'altres, es pot veure, *Lister v. Hesley Hall Ltd.* [2001])⁹⁸. Per la seva banda, el BGH alemany també ha entès que el delictes de l'auxiliar únicament es pot entendre comès en exercici de les seves funcions si el

⁹⁵ [1987] IRLR 286 (sentència citada per Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., p. 109).

⁹⁶ Com assenyala Weir, el resultat del cas podria haver estat diferent si les trucades s'haguessin fet a l'empresa principal, amb l'objectiu de demandar més materials de neteja. La intenció de l'auxiliar és, doncs, rellevant per a resoldre la qüestió (Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., pp. 109-110).

⁹⁷ [1966] 1 Q.B. 716.

⁹⁸ [2001] UKHL 22, [2002] 1 A.C. 215. Sobre aquesta jurisprudència, es pot veure l'anàlisi de Peter Cane, *Vicarious Liability for Sexual Abuse*, (2000) 116 L. Q. R. 21.

principal l'havia instruït específicament per adoptar el comportament contrari al que va desplegar o l'havia advertit contra la comissió del delict⁹⁹.

És probable que aquesta qüestió no tingui una resposta única i que, com en epígrafs anteriors, la solució depengui de les circumstàncies concurrents en cada cas. Els mateixos treballs europeus relatius al dret de la responsabilitat civil són prudents i eviten donar una resposta concloent, sense excloure, d'entrada, la responsabilitat pel simple fet que el dany l'hagi causat un acte intencional de l'auxiliar. Així, els comentaris a l'Art. 6:102 PETL consideren que el mal us del lloc de treball no és una raó que, per sí sola, faci caure l'actuació fora de l'àmbit de les funcions "per molt que en alguns casos això pugui constituir una actuació penalment rellevant". Al mateix temps, assenyalen que "quan existeix autorització per part del principal, se li pot imposar responsabilitat, fins i tot si l'activitat queda fora de l'exercici de les seves funcions"¹⁰⁰. Per la seva banda, el DCFR també considera que "el dany causat intencionalment pels auxiliars es troba, en principi, inclòs en la responsabilitat" del principal, i que "el dany únicament es troba fora del context de l'atribució de responsabilitat (és a dir, únicament no es realitza en l'exercici de les funcions), quan l'auxiliar persegueix interessos totalment personals en ocasió d'aquelles"¹⁰¹.

Sembla, doncs, una solució plausible no excloure d'entrada una eventual responsabilitat del principal pel simple fet que el dany l'hagi causat la conducta intencional o una constitutiva de delict o falta per part de l'auxiliar. Caldrà aleshores analitzar les circumstàncies del cas i valorar si els factors que concorren permeten atribuir la responsabilitat al principal o si, pel contrari, porten a la conclusió que l'actuació de l'auxiliar s'ha produït fora i amb total desvinculació de l'àmbit de les funcions encomanades. Alguns d'aquest factors —que no són ni exclusius ni exclouents— s'han assenyalat abans, amb motiu de l'explicació de les excepcions a què arriba la jurisprudència anglesa. D'altres es poden trobar en l'esmentada proposta de reforma del dret francès de la responsabilitat civil o en la pròpia jurisprudència espanyola.

Així, pot ser rellevant valorar en quina mesura la tasca encomanada o les instruccions donades pel principal han facilitat o incrementat la probabilitat que l'auxiliar

⁹⁹ Per les referències angleses i alemanyes, vegi's van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., pp. 433-434.

¹⁰⁰ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 162.

¹⁰¹ Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 10, p. 636.

causi el dany o cometi el delictes causant del dany¹⁰², com en el cas de la sentència anglesa *Mattis v. Pollock*¹⁰³: després d'una disputa violenta amb un client, el porter i vigilant de seguretat d'un conegut nightclub de Londres (el Flamingo) va anar a casa seva i va tornar al club amb un ganivet, amb el qual va apunyalat un altre client que es trobava al carrer, en una zona pròxima al local. La víctima va interposar demanda contra el club i el tribunal va considerar que, en la mesura que el porter havia actuat "in the course of his employment", això generava la responsabilitat vicària del club. Segons el raonament del tribunal, quan hom espera que un auxiliar actui amb violència en l'exercici de les seves funcions, s'incrementa la probabilitat que un acte violent entri dins l'àmbit d'aquestes funcions. En el cas, el propietari del nightclub havia contractat el porter amb l'objectiu de mantenir l'ordre en el local, i l'havia estimulat a complir les seves obligacions "de forma agressiva i intimidatòria", per la qual cosa es va considerar que existia una relació de proximitat suficient entre l'acte del porter i les funcions que li havien estat encomanades¹⁰⁴.

Un altre factor rellevant es troba en l'existència d'un deure especial de custòdia, protecció o conservació sobre els béns jurídics lesionats, que el principal havia traslladat a l'auxiliar. Així succeeix en el cas francès de l'empresa que realitza tasques de neteja en una joieria, respecte dels objectes de valor que es troben en la joieria, o bé el cas de les institucions angleses de protecció de menors, en relació als menors interns als seus centres.

Existència d'una autorització per part del principal pot ser, també, un criteri que permeti atribuir la responsabilitat al principal si havia autoritzat a l'auxiliar a actuar fora de les funcions¹⁰⁵. I, a la inversa, l'actuació de l'auxiliar fora de l'àmbit de les funcions sense autorització del principal serà un factor que ha d'impedir traslladar-li la responsabilitat¹⁰⁶, llevat que alguna altra circumstància (com podria ser, per exemple, la doctrina de l'aparença) permetés atribuir-li la responsabilitat.

Finalment, l'aparença fraudulent d'actuar dins l'àmbit de les funcions encomanades per un principal juga també un paper rellevant en diversos ordenaments jurí-

¹⁰² En aquest sentit, Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 511; von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 204, pp. 219 i ss.

¹⁰³ [2003] EWCA 887, [2003] 1 WLR 2158.

¹⁰⁴ Un bon resum del cas es pot veure a Hodgson / Lewthwate, *Tort Law*, cit., pp. 17-18.

¹⁰⁵ En aquest sentit, per exemple, Moreteau, Comentaris al Art. 6:102 PETL, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 4, p. 162.

¹⁰⁶ Solució recollida en el text de l'Art. 1386-10 de la Proposta francesa de reforma del dret de la responsabilitat civil (*Proposition de Loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée par M. Laurent Bêteille (Sénateur). Enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, p. 11).

dics¹⁰⁷. D'acord amb aquest factor, quan l'auxiliar crea de manera fraudulenta la falsa aparença que actua en exercici de les funcions encomanades per un principal, i tercers de bona fe confien en aquesta aparença, aquell que apareixia com a principal podrà ser considerat responsable enfront dels tercers pels danys que causi l'auxiliar. En realitat, la doctrina de l'aparença és un factor important que ha estat utilitzat en casos d'atribució de responsabilitat a entitats bancàries o empreses pels danys derivats de delictes comesos per empleats que falsifiquen documents, s'apropien de fons que pertanyen a clients, cometen estafes o, en general, destinen els diners dels clients a finalitats particulars¹⁰⁸. En tots aquests casos, però, la creació de l'aparença ha de venir complementada pel principi de bona fe en la víctima. D'aquesta forma, no es pot emparar en la situació d'aparença aquella víctima que hagués pogut conèixer raonablement que l'agent actuava fora i amb total desvincu-

¹⁰⁷ Per les referències comparades, es pot veure, Galand-Carval, *Liability for Damage Caused by Others under French Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303. Al dret nord-americà, el *Restatement of the Law Third. Agency*, conté una disposició específica establint la responsabilitat vicària del principal pels danys causats a tercers per un auxiliar que actua, "en aparença", dins l'àmbit de les funcions. Així, l'Art. 708, disposa que "un principal està subjecte a responsabilitat vicària per un il·lícit comès per un agent en les transaccions i comunicacions amb tercers per compte o suposadament per compte del principal, quan les accions realitzades per l'agent amb autorització aparent constitueixen l'il·lícit o permeten a l'agent encobrir la seva comissió" (American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*; cit., Art. 708, pp. 221 i ss.)

¹⁰⁸ von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 204, pp. 210-221. En la jurisprudència espanyola, en aquest mateix sentit, poden veure's, entre d'altres, les SSTs, 2^a, 21.11.1991 [RJ 1991\8442]; 2^a, 12.5.1992 [RJ 1992\3869].

lació de les funcions encomanades (STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828])¹⁰⁹. I al contrari, l'aparença creada per l'auxiliar pot portar a la responsabilitat del principal en aquells casos en què el “tercero confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquél con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares” (SSTS 22.6.1989 [RJ 1989\4776]; 1.3.1990 [RJ 1990\1656]; 6.5.2009 [RJ 2009\2914]).

4. La culpa de l'auxiliar

Tot i que el règim de responsabilitat vicària comporta l'absència de culpa en la conducta del principal, el règim no es desvincula totalment de la culpa, en la mesura que el demandant ha de seguir provant la culpa en la conducta de l'auxiliar causant directe del dany. Des d'aquest punt de vista, es pot afirmar que el principal segueix responnent per una conducta culposa, que no és la seva, sinó la del seu auxiliar. Dit d'altra forma: la culpa de l'auxiliar es “comunica” al principal i en determina la responsabilitat. Així, per exemple, l'Art. 6:102(1) PETL disposa la responsabilitat del principal en la mesura que els seus auxiliars “hagin violat l'estàndard de conducta exigible”. En la mateixa línia, l'Art. VI 3:201(1) DCFR també permet estendre la responsabilitat al principal quan l'auxiliar ha causat el dany “intencionalment o negligentment”, tot i que l'abast de la regla del DCFR és més

¹⁰⁹ En aquesta sentència, relativa a la signatura de conformitat d'uns xecs per part del director d'una sucursal bancària contra un compte corrent sense fons, els xecs havien estat lliurats pel propi director de la sucursal per a garantir un préstec personal que li havia fet el demandant. El titular del compte corrent sense fons era el propi director que havia signat la conformitat. Tant bon punt l'entitat bancària va tenir coneixement del frau, va informar-ne al demandant, motiu pel qual el TS considera que no procedeix declarar la responsabilitat de l'entitat bancària pel fet del seu auxiliar, en la mesura que el banc havia advertit al demandant que la signatura de conformitat no era acceptada i que el director s'havia extralimitat en les seves funcions. En opinió de l'Alt Tribunal, “debe considerarse que el Banco actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prstatario”. És el cas, també, de la STS, 2ª, 28.4.1969 [RJ 1969\2457], relativa al delictes d'estafa comès pel treballador d'una companyia que havia cobrat en benefici propi un xec emès per un client del seu principal. Segons el Tribunal Suprem, el treballador s'havia extralimitat en les seves funcions, però el principal no fou considerat responsable perquè la víctima havia pogut conèixer de bona fe l'extralimitació. En opinió del Tribunal Suprem, la víctima “no puede ampararse en una situación de apariencia jurídica, asegurando creer de buena fe, que el delincuente obraba como servidor de la empresa a que estaba ligado”. El mateix criteri segueix el *Restatement of the Law Third. Agency* nord-americà (American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., Art. 708, Comm. b), p. 225), segons el qual “si el tercer coneix o podia haver conegut que un agent actuava sense autoritat per dur a terme una determinada actuació, l'agent no actua amb “autoritat aparent”.

ampli, en la mesura que la responsabilitat del principal s'estén també als casos en què l'auxiliar “sigui imputable d'altra forma per haver causat el dany”.

La necessitat de provar la culpa de l'auxiliar com a pressupòsit del règim de responsabilitat vicària planteja diverses qüestions, algunes de les quals són ben conegudes per la jurisprudència i la doctrina espanyoles que s'han ocupat de l'Art. 1903.IV CC.

4.1 Cal identificar el concret auxiliar que ha causat el dany?

La resposta que sembla més convenient és la que afirma que no cal identificar el concret auxiliar que ha causat el dany, sinó que és suficient provar que algun dels auxiliars, amb la seva actuació culposa, ha causat el dany, encara que no es pugui identificar quin d'ells ha estat. Aquesta solució coincideix amb la posició dominant en la major part d'ordenaments jurídics del nostre entorn¹¹⁰, i és la que adopta el propi Tribunal Suprem espanyol en la seva jurisprudència recent. Així, en les SSTS 9.6.1998 [RJ 1998\3717] i 11.11.2002 [RJ 2002\9640], entre d'altres, ha declarat que “[E]l artículo 1903 del Código Civil (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”¹¹¹. La mateixa solució és defensada pels PETL, que en els comentaris al seu art. 6:102 assenyalen que el precepte utilitza el plural (“auxiliars”) “per a indicar que no és necessari identificar a l'empleat que individualment hagi actuat, sinó que és suficient amb arribar a establir que era part del personal al servei de l'empleador”¹¹².

¹¹⁰ Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, la qual opina que, en el fons, aquesta solució marca un camí clar cap a una autèntica responsabilitat per risc empresarial; von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 193, pp. 211.

¹¹¹ En la doctrina, Miquel Martín Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario al Art. 1903 del Código Civil*, a Andrés Domínguez (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2060.

¹¹² Moreteau, *Comentarios al Art. 6:102 PETL*, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 6, p. 162.

4.2 Cal demandar conjuntament al principal i a l'auxiliar?

En la mesura en què els fonaments de la responsabilitat del principal i de l'auxiliar són propis i autònoms per a cadascun d'ells, no sembla necessari que, per obtenir la responsabilitat del principal, el perjudicat hagi de demandar també a l'auxiliar. Com reconeixen la major part d'ordenaments jurídics europeus, és suficient que la conducta culposa de l'auxiliar quedi provada *incidenter* en el procediment seguit en exclusiva contra el principal¹¹³. Es tracta de la mateixa posició que sostenen la doctrina¹¹⁴ i la jurisprudència¹¹⁵ espanyoles en relació amb l'Art. 1903.IV CC. Així, en reiterats *dicta*, els tribunals espanyols han admès que “la responsabilidad por hecho ajeno, por culpa «in eligendo» o «in vigilando» no es subsidiaria, sino directa, pudiendo dirigirse la acción contra el autor del daño material y contra el que deba responder por culpa «in vigilando» o «in eligendo» o solamente contra éste, sin perjuicio de las posibles reclamaciones posteriores entre ellos” (STS 5.10.1995 [RJ 1995\7020]; SAP Las Palmas 28.4.2003 [AC 2003\1779]).

4.3 L'actuació “no culposa” de l'auxiliar

Per altra part, en la mesura que l'atribució de la responsabilitat al principal és “per culpa aliena”, aquest s'ha de poder exonerar si demostra que els seus auxiliars van complir l'estàndard de diligència requerit¹¹⁶. Sense que això impedeixi que el principal acabi responnent en virtut d'altres possibles títols d'atribució de responsabilitat, sempre que s'acompleixin els corresponents pressupòsits (com pot ser, per exemple, la responsabilitat per culpa pròpia d'acord amb les regles generals de responsabilitat; o la responsabilitat pels danys causats per la posta en circulació de productes defectuosos).

Més discutible és la qüestió relativa a si el principal ha de respondre pels danys causats per la conducta “objectivament negligent” d'un auxiliar inimputable. D'entrada, podria semblar justificada una resposta negativa¹¹⁷. No obstant, el fet que els fonaments de la responsabilitat del principal i de l'auxiliar siguin autònoms un de l'altre, i que un dels principals arguments a favor de la responsabilitat vicària es trobi en la voluntat de fer suportar les conseqüències negatives d'una activitat a

¹¹³ Per les referències, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 193, p. 210.

¹¹⁴ Entre d'altres, Javier Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 336.

¹¹⁵ SSTS 8.5.1991 [RJ 1991\3618]; 12.2.1996 [RJ 1996\869].

¹¹⁶ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 512.

¹¹⁷ Posició que sembla dominant en la jurisprudència espanyola (entre d'altres, SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291]; 16.5.2003 [RJ 2003\4756]; 21.6.2006 [RJ 2006\3080]).

aquell que se'n beneficia, poden ser també raons a favor de la idea que, com assenyalen els comentaris a l'Art. VI 3:201 DCFR, “la incapacitat mental exoneri personalment l'auxiliar (...) però no al principal”¹¹⁸.

La major part dels ordenaments jurídics que segueixen aquesta posició¹¹⁹ la fonamenten, o bé en les pròpies disposicions que regulen la responsabilitat per fet aliè, les quals requereixen simplement la conducta “il·lícita” (unlawful act) dels auxiliars (com és el cas del § 831 BGB; el § 1315 ABGB; els Arts. 6:170.I i 6:165.I BW; Art. 922 Codi Civil Grec); o bé, quan els textos legals no són clars, perquè aquesta és la interpretació a què arriben els tribunals (així ha succeït, per exemple, a França, a partir d'una interpretació que integra en la responsabilitat del principal la regla de l'Art. 489.2 CC, que exonera als incapaços de la responsabilitat pels danys causats a tercers)¹²⁰.

Al nostre ordenament jurídic, aquesta posició ha estat defensada per un sector de la doctrina¹²¹, en opinió de la qual “si el acto dañoso objetivamente negligente es obra de un inimputable civil, de él puede derivarse perfectamente, si concurren los demás presupuestos legales, la responsabilidad de padres, tutores, titular del centro docente o empresario”¹²². Un cert recolzament podria trobar-se també en alguna línia jurisprudencial, que ha declarat que la responsabilitat per fet aliè de l'Art. 1903.IV CC s'imposa, no tant per l'actuació culposa, sinó “por hecho ilícito ajeno” (STS 29.10.2002 [RJ 2002\9314]).

5. Immunitat de l'auxiliar?

En ocasions, s'ha plantejat si el règim de responsabilitat del principal per fets dels auxiliars hauria de contemplar algun tipus d'immunitat d'aquests, semblant al que existeix en l'àmbit de la responsabilitat de les Administracions Públiques per actes del personal al seu servei (Art. 154.1 i 2 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, *de Régi-*

¹¹⁸ Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 12, p. 637.

¹¹⁹ Per les referències, vegeu, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 196, pp. 213.

¹²⁰ Segons el text de l'Art. 489-2 Code Civil, “[C]elui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation”.

¹²¹ En aquest sentit, F. Pantaleón Prieto, voz “Culpa”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Madrid, Civitas, 1995, p. 5955; Gómez Calle, *Los sujetos de la responsabilidad civil*, a Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1022-1024; Martín-Casals / Solé Feliu, *Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 246.

¹²² Gómez Calle, *Los sujetos de la responsabilidad civil*, a Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., p. 1024.

men Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Si així fos, la víctima únicament podria dirigir la seva demanda contra el principal, que seria qui canalitzaria la responsabilitat, sens perjudici de l'acció de repetició que aquest pogués tenir, una vegada satisfeta la indemnització, contra el seu auxiliar. En aquest darrer cas, es podria plantejar encara si caldria limitar la repetició als casos de dol i culpa greu de l'auxiliar (criteri molt més protector per a l'auxiliar) o si, en canvi, s'hauria d'admentre amb caràcter general en tots aquells casos en què l'auxiliar hagués actuat amb simple negligència.

L'opció que canalitza la responsabilitat a través del principal i deixa fora l'auxiliar és excepcional en el dret comparat. Més enllà del camp de la responsabilitat civil de les administracions públiques, únicament la segueixen algunes normes als països escandinaus i als Països Baixos¹²³. En d'altres països, com Àustria i Bèlgica, aquesta opció queda restringida al camp del dret del treball, amb normes que impedeixen a l'empresari repetir contra el treballador, llevat que aquest hagi actuat amb dol o culpa greu. A França, en canvi, és la regulació del contracte d'assegurança la que impedeix a l'assegurador de l'empresari dirigir-se en via de subrogació contra el treballador, una vegada ha satisfet la indemnització¹²⁴.

La posició majoritària en el dret comparat és contrària a generalitzar aquesta regla a tots els supòsits de responsabilitat per fet dels auxiliars. En conseqüència, juntament amb la responsabilitat vicària del principal ha de ser possible exercitar també una acció de responsabilitat enfront de l'auxiliar, d'acord amb les regles generals de la responsabilitat civil. Aquesta opció comporta la possibilitat de demandar-los conjuntament i, si s'aprecia la responsabilitat d'ambdós, de considerar-los responsables solidaris enfront del perjudicat, tal i com reconeixen la doctrina i la jurisprudència espanyoles en el context de l'Art. 1903.IV CC. Es tracta també de la solució que proposen el DCFR¹²⁵ i l'Art. 9:101(c) PETL, en coherència amb la idea que la responsabilitat vicària és un règim més pensat per a protegir a les víctimes que als auxiliars.

¹²³ Per les referències, Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 513.

¹²⁴ Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 304.

¹²⁵ Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 14, p. 638.

6. L'acció de repetició

Una vegada el principal ha satisfet la indemnització, la major part d'ordenaments admeten la possibilitat que aquest exerciti una acció de repetició contra l'auxiliar, amb l'objectiu de recuperar aquella part de la indemnització imputable a l'auxiliar¹²⁶. Això succeeix, tant en relació a aquells ordenaments jurídics que adopten règims de responsabilitat vicària, com respecte d'aquells que es mantenen en el règim tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal¹²⁷.

Contràriament al que s'ha defensat per algun sector doctrinal, la repetició del principal no s'hauria de referir a la totalitat de la indemnització pagada¹²⁸, sinó a la quota de responsabilitat que correspon a l'auxiliar. La responsabilitat vicària implica que el principal respon objectivament enfront del perjudicat, però no és una propietat d'aquest règim el fet que, una vegada satisfeta la indemnització, el principal recuperi de l'auxiliar la totalitat de la quantia pagada¹²⁹. En conseqüència, així com les responsabilitats del principal i de l'auxiliar responen a fonaments propis i autònoms de responsabilitat, també sembla lògic que, en la relació interna, un i altre segueixin suportant la quota de responsabilitat corresponent a cadascun d'ells

¹²⁶ Vegeu, Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197.

¹²⁷ Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514.

¹²⁸ En el dret espanyol, alguns autors han proposat aquesta interpretació, a partir d'una interpretació conjunta dels Arts. 1903.IV i 1904 CC en termes de responsabilitat vicària. En concret, s'afirma que quan l'Art. 1904 CC disposa que el principal pot repetir "lo que hubiese satisfecho" o "las cantidades satisfechas", està admetent que el principal pot repetir de l'auxiliar la totalitat d'allò que hagués pagat. D'aquesta forma, el principal no estaria satisfent un deute propi, sinó aliè (el de l'auxiliar), amb l'objectiu de cobrir, enfront del perjudicat, l'eventual insolvència dels seus auxiliars (Encarna Roca Trías, «La acción de repetición prevista en el artículo 1903 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil* 1998, pp. 20-21; Encarna Roca Trías, *Derecho de daños*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 105; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301).

¹²⁹ Com s'ha afirmat en relació amb els PETL, "ni en los Principios ni en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se vincula con carácter general la existencia o inexistencia de una acción de regreso del principal contra el auxiliar al hecho de que la responsabilidad de aquél sea vicaria o no" (Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514). En el mateix sentit, també, Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197.

i que, en conseqüència, el principal repeteixi sols la part que correspon a la quota de responsabilitat de l'auxiliar¹³⁰.

Per altra part, el fet que, enfront de la víctima, el principal respongui objectivament, no ha d'impedir que en la distribució interna de responsabilitats la seva conducta culpable pugui ésser rellevant, juntament amb la culpa de l'auxiliar i tots aquells altres factors que els tribunals considerin avaluable. Tal i com es deriva dels comentaris a l'art. 9:102 PETL, el principi d'autonomia entre la relació externa que vincula al principal amb la víctima, d'una banda, i la relació interna entre el principal i l'auxiliar, d'una altra, ha de permetre un ampli marge als tribunals a l'hora de distribuir les responsabilitats internes¹³¹. Així, entre els factors avaluable, els tribunals poden tenir present el grau de culpa de l'auxiliar, juntament amb la culpa (o la conducta objectivament negligent) del principal, de la mateixa manera que podrien considerar també, si fos el cas, els acords a què haguessin pogut arribar les parts en relació a la distribució interna de responsabilitats en cas de reclamació d'un tercer¹³².

III. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL PER DEFECTES D'ORGANITZACIÓ (“ENTERPRISE LIABILITY”)

1. L'origen de la “enterprise liability” als Estats Units

L'origen de la noció de “responsabilitat empresarial” (“enterprise liability”) com a model de responsabilitat objectiva de l'empresari per defectes organitzatius es tro-

¹³⁰ En la doctrina espanyola, defensen aquest punt de vista, entre d'altres, Ricardo De Ángel Yágüez, «Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil», en Cándido Paz Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2035-2036; Javier Barceló Doménech., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 356-357; Fernando Peña López, «La responsabilidad civil derivada de delito», en José M^a Pena López, (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004, pp. 155, 157; Martín Casals / Solé Feliu, *Comentario al Art. 1904*, a Domínguez Luélmo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2062.

¹³¹ Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197; Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514.

¹³² Sempre i quan aquests acords respectin les normes de dret imparatiu aplicables a la matèria (com podrien ser, per exemple, les referents al control de clàusules abusives): Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num.6, p. 197.

ba als Estats Units. En els primers decennis del S. XX, es produeixen les primeres reformes legislatives dirigides a millorar la protecció dels treballadors pels danys patits en accidents de treball. Un dels objectius d'aquestes reformes era treure de l'àmbit del tradicional *tort of negligence* els accidents de treball, per a subjectar-los a un règim de responsabilitat objectiva complementat per un sistema d'assegurança obligatòria¹³³. Després d'estendre un model semblant als danys causats pels accidents de circulació, ben aviat sectors doctrinals varen començar a plantejar la idea que el *tort of negligence* era inadequat per a fer front als riscos creixents que generava l'activitat industrial. Sorgeix, aleshores, amb força, un important moviment doctrinal que promou atribuir responsabilitat als empresaris que desenvolupen determinades activitats, sense necessitat de provar la seva actuació negligent¹³⁴.

Aquest moviment troba ràpid suport en certs sectors jurisprudencials els quals, en un primer moment, segueixen emprant instruments propis de la responsabilitat per culpa, com ara la doctrina de “res ipsa loquitur” o la inversió de la càrrega de la prova de la culpa. No obstant, en una segona etapa, alguns tribunals abandonen el camp de la culpa i es decanten per atribuir la responsabilitat a l'empresari quan, amb independència de qualsevol actuació negligent, es demostra que el dany s'ha produït com a conseqüència d'una anomalia en el procés de funcionament de l'empresa. El punt culminant d'aquesta etapa es situa en la segona meitat del S. XX, i el camp de recepció jurisprudencial de tots aquests canvis és el de la responsabilitat per productes defectuosos, especialment a través de la jurisprudència del Tribunal Suprem de Califòrnia. Aquest fet explica la impossibilitat de dissociar l'anàlisi de l'anomenada “enterprise liability” de l'evolució del sistema de responsabilitat per productes defectuosos (“defecte del producte” com a manifestació d'alguna anomalia en el procés de funcionament de l'empresa) als Estats Units¹³⁵ i, en particular, dels arguments que justifiquen l'establiment d'un règim de responsabilitat objectiva en aquest camp de la responsabilitat civil¹³⁶.

En l'actualitat, el debat entorn de l'“enterprise liability” té caràcter fonamentalment doctrinal i, més enllà de la responsabilitat per productes defectuosos, els seus defensors el plantegen en termes de necessitat d'una clàusula general de responsa-

¹³³ Dobbs, *The Law of Torts*, vol. 2, cit., p. 1098 i ss.

¹³⁴ Entre els acadèmics nord-americans favorables a introduir un règim de responsabilitat objectiva per activitats empresarials destaquen, les dècades dels anys 30, 40 i 50 del segle passat, Charles Gregory, Fleming James, Friedrich Kessler i William Prosser. En les dècades dels seixanta i setanta destaca Guido Calabresi (Gregory C. Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, Vanderbilt L. Rev. 54 (2001), p. 1291).

¹³⁵ Vegeu-ne, per les principals referències, Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, cit., pp. 1285 i ss.

¹³⁶ Vegeu, Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn., West, 2000, p. 975.

bilitat objectiva per activitats empresarials, que operaria en igualtat de condicions amb el règim tradicional de la responsabilitat per culpa¹³⁷. De moment, però, el debat sembla haver-se tancat a favor de la responsabilitat per culpa com a règim bàsic de responsabilitat¹³⁸, en la mesura que l'actual *Restatement (Third) of Torts* ha rebutjat incorporar una regla general de responsabilitat objectiva i limitar l'aplicació d'un règim d'aquestes característiques als danys causats per activitats anormalment perilloses. En tots els altres camps, la regla bàsica de responsabilitat es fonamenta en un règim de responsabilitat per culpa. Quant a la responsabilitat per productes defectuosos, l'opció del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* també ha restringit la vigència del règim de responsabilitat objectiva, en comparació amb l'opció que havia fet el *Restatement (Second)* el 1965, de manera que en l'actualitat el règim de responsabilitat objectiva queda limitat als danys causats per defectes de fabricació, mentre que la culpa és el criteri d'imputació subjectiva bàsic pels defectes de disseny i d'informació.

2. La “versió europea” de la responsabilitat de l'empresa per defectes d'organització

En l'àmbit europeu, hi ha hagut recentment tres propostes de possibles clàusules generals de “responsabilitat empresarial”, cap de les quals, de moment, ha esdevingut norma jurídica. En comparació amb el model nord-americà, la principal característica que diferencia les propostes europees es troba en el fet que la responsabilitat de l'empresari es planteja en termes de responsabilitat per culpa presumpta, a partir de la prova d'un defecte organitzatiu.

Així, en el Projecte de Reforma del dret suís de la responsabilitat civil (que actualment ja ha decaigut)¹³⁹, el text de l'Art. 49.a) establia que:

“una persona que utilitzi un o més agents per desenvolupar una activitat empresarial o professional és responsable de la indemnització del dany causat dins l'esfera d'activitats

¹³⁷ Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, cit., pp. 1333 i ss. Críticament, Mark Geistfeld, *Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormal Dangerous Activities?*, 45 UCLA 1998, 611-671, p. 613.

¹³⁸ En la doctrina nord-americana, des dels anys vuitanta en endavant, són nombrosos els autors que han insistit en la idea de mantenir la culpa com a criteri bàsic de responsabilitat: entre d'altres, poden veure's les obres de Gary T. Schwartz, *Understanding Products Liability*, 67 Cal. L. Rev. 435 (1979); Gary T. Schwartz, *The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law*, 26 Ga. L. Rev. 601 (1992); James A. Henderson, Jr., *Why Negligence Dominates Tort*, 50 UCLA L. Rev. 337 (2002).

¹³⁹ El 21 de gener de 2009, el Consell Federal suís va decidir renunciar al projecte de reforma del dret de la responsabilitat civil (http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html)

de l'empresa, llevat que provi que l'organització de l'empresa fou l'apropiada per evitar el dany”.

Per la seva part, el § 1304 del Projecte de reforma del dret austríac de la responsabilitat civil disposa que:

“(1) Aquell que exercita una activitat empresarial en interès econòmic o professional, respon també pels danys causats pels defectes de l'empresa, els seus productes o els serveis que presta. L'empresari no respon si prova que va adoptar la diligència requerida per a prevenir el dany.

(2) Defecte és aquella desviació de l'estàndard, del programa, de l'estat de la ciència i de la tècnica, així com dels usos del tràfic que s'esperen de l'empresa, els seus productes i els serveis que presta”¹⁴⁰.

Finalment, en el context dels treballs d'aproximació del dret europeu en matèria de responsabilitat civil, l'Art. 4:202 PETL, sota el títol “responsabilitat de l'empresa”, estableix:

“(1) La persona que es dedica de manera permanent a una activitat empresarial amb fins econòmics o professionals i que emplea auxiliars o equipament tècnic és responsable de tot el dany causat per un defecte d'aquesta empresa o d'allò que en ella s'hi produeixi, a no ser que provi que ha complert amb l'estàndard de conducta exigible.

(2) “Defecte” és tota desviació respecte dels estàndards que són raonablement exigibles a l'empresa o als seus productes o serveis.

Des del meu punt de vista, aquesta configuració de la responsabilitat empresarial per defectes organitzatius s'inspira clarament en un dels mecanismes que els tribunals alemanys i suïssos han desenvolupat amb l'objectiu de superar les limitacions dels seus respectius règims legals de responsabilitat del principal pels fets dels seus auxiliars. Com ja s'ha apuntat, ambdós ordenaments mantenen com a règim legal el de responsabilitat per culpa presumpta del principal (Cf. § 831 BGB i Art. 44 CO). Com també s'ha explicat, la jurisprudència d'ambdós països ha desenvolupat diversos mecanismes dirigits a a dificultar les possibilitats exoneratòries de l'empresari i aconseguir la seva responsabilitat, un dels quals és, precisament, la doctrina jurisprudencial de la responsabilitat per defectes organitzatius (*Organisationshaftung*). Segons aquesta doctrina, més enllà del règim de responsabilitat del principal per fet dels auxiliars (basada, en el cas alemany, en el § 831 BGB, i en el suís, en l'art. 55 CO), l'empresari té uns deures generals de diligència, que troben la seva base legal en la clàusula regla general de responsabilitat civil extracontractual

¹⁴⁰ Les crítiques d'un sector rellevant de la doctrina austríaca a aquest règim, poden veure's a Peter Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Band, 3 Aufl., Vor §§ 1293 ff, Rnd. 12 i ss, pp. 29 i ss.

(en el cas alemany, el § 823 BGB; en el suís, l'Art. 41 CO). Un d'aquests deures —que grava exclusivament a l'empresari i que no pot delegar en els seus auxiliars— consisteix en organitzar la seva activitat empresarial sense defectes. Per aquesta raó, una vegada el demandant prova que es va produir un defecte organitzatiu en l'estructura empresarial del mandat, els tribunals suïssos i alemanys presumeixen l'existència d'una “negligència organitzativa” (*Organisationsverschulden*) en l'empresari, amb l'agreujant que la pràctica jurisprudencial no admet la prova exoneratòria de la seva actuació negligent¹⁴¹.

L'objectiu que persegueix, doncs, la “versió europea” de la responsabilitat (per culpa presumpta) empresarial sembla, doncs, diferent, d'aquell que porta a determinats sectors de la doctrina nord-americana a proposar l'adopció d'una clàusula general de responsabilitat objectiva per activitats empresarials. Al menys fins el moment, la responsabilitat empresarial per defectes organitzatius a Europa ha estat, bàsicament, el recurs emprat per alguns ordenaments jurídics per a superar els dèficits del règim tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal. Dèficits, alguns dels quals intenta cobrir el règim alternatiu de la responsabilitat vicària.

Per aquesta última raó, la utilitat d'un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius (com el que proposen els PETL o el projecte de reforma austríac) dependrà, en gran part, dels aventatges addicionals que comporti respecte d'un règim de responsabilitat vicària com el que s'ha proposat en els paràgrafs anteriors. Tot i que l'absència de dades suficients en l'experiència comparada fa difícil anticipar-ne una resposta clara, es podria dir que la principal motivació d'una regla de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius es troba en la voluntat de facilitar la indemnització a les víctimes que no poden provar que la causa concreta del dany fou la conducta culpable d'un auxiliar de l'empresa. En aquests casos, serà suficient provar un defecte en el funcionament empresarial i l'existència d'una connexió causal amb el dany, per a invertir les regles provatòries i deixar que sigui l'empresari qui demostrï que va complir l'estàndar de diligència requerit en l'organització de la seva activitat¹⁴².

En contrapartida, una prova d'aquest tipus, per una víctima aliena a l'empresa i als processos organitzatius interns, pot no resultar senzilla, ni tècnica ni econòmica-

¹⁴¹ Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, cit., p. 80; Magnus / Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, cit., p. 113; van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 450; Wagner/MünchKomm., Band. 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Aufl., München, Beck, 2004, § 831, RdNr. 39, p. 2018.

¹⁴² Koch, *Comentarios al Art. 4.202 PETL*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 135-136.

ment, i causar-li, com a mínim, tants problemes com la prova de la negligència d'algun auxiliar. En aquest sentit, la utilitat d'un règim de responsabilitat per defectes organitzatius dependrà també, en gran mesura, del rigor amb què els tribunals d'un país interpretin i apliquin les regles i els pressupòsits propis del règim de responsabilitat que pretén complementar (en el nostre cas, el de responsabilitat vicària del principal). Així, és probable que una interpretació restrictiva de les regles reguladores del règim de responsabilitat vicària incrementi la necessitat d'un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius¹⁴³. I, a la inversa, una interpretació flexible dels pressupòsits propis del règim de responsabilitat vicària, farà menys necessari complementar-les amb un règim especial de responsabilitat per defectes empresarials.

Per això, en el context d'un règim de responsabilitat vicària, els pressupòsits del qual s'interpretin de manera flexible, tal i com es proposa en paràgrafs anteriors (en el sentit, per exemple, de no requerir a les víctimes la identificació del concret auxiliar causant del dany; o d'atribuir al principal la responsabilitat per les conductes objectivament negligents d'auxiliars inimputables; o admetre, almenys d'entrada, la responsabilitat del principal pels danys causats per conductes doloses o constitutives de delictes d'auxiliars) poden fer innecessari un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius. Per últim, és probable que una decisió definitiva sobre la qüestió també depengui d'altres opcions que el legislador pugui prendre en d'altres camps de la responsabilitat civil. Així, per exemple, la introducció d'una norma que inverteixi la càrrega de la prova de la culpa en el cas d'activitats greument perilloses (com fa, per exemple, l'Art. 4:201 PETL), reduirà la necessitat d'un règim de responsabilitat per culpa presumpta per defectes organitzatius, en la mesura que l'aplicació del règim quedaria limitat a les activitats empresarials no extremadament perilloses¹⁴⁴. El mateix succeirà si l'opció legislativa que s'adopti és molt favorable als règims de responsabilitat objectiva. Un ordenament jurídic amb una clàusula àmplia de responsabilitat objectiva, o amb nombroses normes de responsabilitat objectiva principalment aplicables a les empreses, tindrà menys necessitat d'un règim de responsabilitat empresarial per culpa presumpta, perquè en aquelles activitats en què concorrin ambdós règims, és probable

¹⁴³ Aquesta és la tesi defensada al Regne Unit, per exemple, per Douglas Brodie, *Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability*, Oxford J. Leg. Stud., vol. 27, Nr. 3 (1997), pp. 493-508.

¹⁴⁴ En el context dels PETL, Koch, *Comentarios al Art. 4.202 PETL*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 137.

que la responsabilitat per la culpa presumpta empresarial cedeixi terreny a favor del règim de responsabilitat objectiva¹⁴⁵.

¹⁴⁵ En el marc del decaigut projecte de reforma suís, els comentaris explicatius afirmaven que el règim de responsabilitat empresarial per culpa presumpta era subsidiari dels règims especials de responsabilitat objectiva establerts per raó del tipus d'activitat, en la mesura que prevalia el caràcter especial del règim, fixat per tipus d'activitat, amb independència de la naturalesa empresarial o no del subjecte que l'exercia (*Bericht der StudentKommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrecht*, Bern, Bundesamt für Justiz, 1991, pp. 72-73).