

La acción de repetición prevista en el artículo 1904 del Código Civil*

ENCARNA ROCA I TRÍAS

Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. *A modo de introducción: la paradoja del derecho de regreso*.—II. *El ámbito del derecho de regreso*.—III. *Los caracteres y presupuestos de la acción de regreso en general*.—IV. *La estéril discusión: ¿culpa propia o culpa ajena?* A) La responsabilidad de los empresarios por los hechos de sus dependientes.—B) La responsabilidad de los titulares de los centros docentes por los hechos de sus alumnos menores de edad y los de sus profesores.—C) *¿Pueden repetir los padres?*—D) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.—V. *Conclusiones*.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DEL DERECHO DE REGRESO

No deja de resultar un contrasentido que uno de los derechos menos ejercitados en el mundo de la responsabilidad civil extracontractual se encuentre reconocido en casi todos los textos legales en los que se regula la responsabilidad por hecho ajeno. Efectivamente, todos los autores que se han ocupado de este tema ponen de relieve la nula aplicación de las reglas contenidas en el artículo 1904 CC. Zelaya¹ aporta razones como la presión de los sindicatos en los supuestos de responsabilidad del empresario por hechos cometidos por sus empleados, huelgas, desincentivización de actividades arriesgadas, etc.; la misma perplejidad se constata en las argumentaciones de Blasco Esteve², para quien una reclamación fren-

* Este trabajo es consecuencia de la ponencia encargada a la autora para el VI Congreso de Responsabilidad Civil, organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona, en febrero de 1998.

¹ ZELAYA (1995), p. 574.

² BLASCO ESTEVE (1993), p. 435.

te al funcionario que con su conducta dolosa o gravemente negligente (art. 145.2 LRJAP) ha causado el daño que la Administración resulta obligada a indemnizar, permitiría «corregir los abusos de algunos agentes públicos y la impunidad en que siempre quedan», opinión compartida por García de Enterría-T. R. Fernández, quienes a la vista del artículo 145.2 LRJAP opinan que «si las autoridades y funcionarios eran hasta ahora prácticamente irresponsables de facto, tras la reforma legal están más cerca de serlo de iure, lo cual es notoriamente insano, como bien se comprende»³. Por otra parte, resulta de todos conocido que la modificación del sistema de responsabilidad de los maestros por los hechos cometidos por sus discípulos deriva de las protestas de los primeros sobre las indemnizaciones que estaban obligados a pagar de acuerdo con el sistema contenido en el artículo 1903.5 CC en la versión de 1889.

Y a pesar de esta inoperancia real, los planteamientos legales siguen incluyendo en las distintas disposiciones reglas sobre el derecho de regreso. Porque no se piense que la única disposición legal en que éste se contiene es el artículo 1904 CC, sino que con diversas técnicas y connotaciones este derecho está reconocido de forma abundante en las normas españolas. Y aunque este trabajo debería limitarse al estudio de las disposiciones contenidas en el artículo 1904 CC, no me resisto a efectuar un estudio más amplio, que incluya los problemas que surgen como consecuencia de la responsabilidad civil subsidiaria de las personas que están enumeradas en el artículo 1904 CC y, además, pienso que un estudio sobre el derecho de regreso no quedaría completo si no incluyera una referencia a la Administración pública.

Pero antes de entrar en el concreto estudio del tema, pienso que resulta conveniente enumerar todos los artículos que, en leyes diferentes, recogen el derecho de regreso. Empezando, evidentemente, por aquel que es el objeto de este estudio, el 1904 CC, que al estudiarse en profundidad, dejo para las páginas que siguen.

Incluye el derecho de regreso el artículo 27.2 de la Ley 26/1984, de 9 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece:

«Si a la producción de daños concurrían varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pague al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños.»

Es evidente que esta disposición prevé un derecho de regreso como consecuencia de la solidaridad que frente al consumidor/usuario víctima del daño, asumen todos aquellos que contribuyeron a producirlo⁴. Como se verá, algunos autores consideran que en alguno de los supuestos previstos en el artículo 1904 CC existe también solidaridad entre el respon-

³ GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), t. II, pp. 405-406.

⁴ Sobre este derecho, me remito a los comentarios de BERCOVITZ (1992), p. 710, quien afirma que si bien en el momento de iniciarse el litigio «no está determinado quién será el deudor de la indemnización», «quien lo sea ciertamente lo será solidariamente». Véase también DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2020.

sable y el causante del daño y aunque ésta sea una postura difícil de aceptar para el caso concreto para el que se formula, la responsabilidad de los titulares de los centros docentes, el caso del artículo 27.2 LGCU no presenta mayores dificultades, puesto que constituye la aplicación a este supuesto específico de lo dispuesto en el artículo 1145.2 CC para el pago efectuado por uno de los deudores solidarios. Por tanto, el artículo 27.2 LGCU no hace más que reproducir una regla que ya se habría aplicado aun sin que se hubiera contemplado expresamente, consecuencia directa de la característica solidaria de la responsabilidad frente al consumidor/usuario perjudicado. Sabido es, por otra parte, las dificultades que existen sobre la calificación de la responsabilidad contemplada en la LGCU⁵ que no corresponde en este lugar reproducir.

Otra disposición que contempla el derecho de regreso es el artículo 8 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos, que establece:

«La responsabilidad del fabricante o importador no se reducirá cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y la intervención de un tercero. No obstante, el sujeto responsable de acuerdo con esta Ley que hubiera satisfecho la indemnización, podrá reclamar al tercero la parte que corresponda a su intervención en la producción del daño.»

Aquí nos encontramos ante un supuesto parecido al previsto en el artículo 27.2 LGCU, puesto que contempla la concurrencia de acciones, contra el fabricante/importador y contra un tercero, intervinientes en la producción del daño. Como el artículo 7 establece también la solidaridad, la regla transcrita no elimina al fabricante de la acción que la víctima del defecto pueda interponer por el daño que se haya producido, pero aplica también la regla del artículo 1145 CC.

Hasta ahora, por tanto, las acciones de regreso que hemos visto no constituyen más que una aplicación que determinadas leyes especiales hacen de las normas generales contenidas en el Código Civil al regular las obligaciones solidarias. Por tanto, se trata de que el deudor que paga toda la obligación puede repetir por la parte. Ninguna novedad.

Mayores complejidades plantean los derechos de regreso del asegurador, contemplados en los artículos 76 LCS, 117 CP y 7.d) de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Y aunque el objeto de este estudio no sea exactamente éste, no me resisto a efectuar una reflexión sobre estas disposiciones.

⁵ Debido a la concurrencia de los artículos 27 y 28 LCU, que parecen establecer conjuntamente un régimen contractual y otro extracontractual. BERCOVITZ (1992), cit. p. 703, la califica de contractual o extracontractual, según los sujetos responsables o según los daños en cuestión (p. 705). Una explicación distinta en EGEA-MIRALLES (1992), p. 72.

El artículo 76 LCS establece que:

«El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero.»

Aquí se intenta ofrecer una protección suplementaria a la víctima, evitándole el denominado «circuito de acciones» a que se vería abocada si se la obligara a reclamar al agente del daño y éste debiera reclamar a su vez al asegurador para la satisfacción del crédito en que la indemnización consiste. La aseguradora no puede oponer más que aquellas excepciones que la propia ley le permite, pero la acción directa no excluye el derecho de repetición, la acción de regreso del asegurador contra el asegurado cuando éste pagó los daños ocasionados por una actividad dolosa del asegurado. En realidad aquí nos encontramos ante una acción de enriquecimiento injusto, puesto que si las normas que regulan el contrato de seguro excluyen de la cobertura los siniestros causados por dolo del asegurado, ello significa que la víctima debería haber visto satisfecho su derecho directamente por el causante/asegurado. Como la tendencia es favorecer a las víctimas, para quienes el contrato de seguro, en lo que se refiere al contenido es *res inter alios acta*, el asegurador no podrá oponerle a la víctima esta cuestión. Pero sí podrá oponerla al asegurado, puesto que el siniestro asumido no estaba contemplado en el contrato; si no se hiciera así, el asegurado experimentaría un enriquecimiento injusto a cargo del asegurador, que la ley no puede amparar. Aquí nos acercamos más al tema que nos ocupará en los apartados que seguirán, pero en el bien entendido que el asegurador paga aquí una deuda ajena y, por tanto, las reglas generales a las que respondería esta repetición serían relativas a este tipo de pago⁶.

Otro supuesto que afecta a los aseguradores es el contenido en el artículo 117 CP, que establece que:

«Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.»

Seguimos aquí en las mismas coordenadas que habíamos visto que establecía el artículo 76 LCS: existe una responsabilidad directa del asegurador y, por tanto, la víctima puede demandarle y traerle al proceso criminal; pero ello no impide la acción de regreso. Lo que ocurre en este caso es que hay que distinguir entre la subrogación en las acciones que el asegurador tiene contra el asegurado, que se rigen por lo dispuesto en el

⁶ Díez PICAZO (1996), t. II. p. 481.

artículo 43 LCS, que impide la del asegurador, contra las personas «cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado», y la acción de regreso contra el propio asegurado cuando así corresponda; en definitiva, el artículo 117 CP está pensado para la protección de la víctima; responde, pues, a las mismas razones que el artículo 76 LCS en aquellos casos en que el dolo no sea causante de un delito o falta. Y el derecho de regreso responde también a las mismas finalidades: evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Por tanto, será éste y sólo éste el legitimado pasivamente ante la reclamación del asegurador y no puede exigirle al asegurador que dirija la acción contra el empleado delincuente⁷, puesto que éste no forma parte del contrato y el riesgo cubierto por la póliza se refería siempre a la actividad del principal, salvo que se cubra el riesgo derivado de la actividad del propio empleado.

Finalmente, el artículo 7 de la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*⁸, establece que el asegurador una vez efectuado el pago de la indemnización, en el caso de accidente de circulación, puede repetir:

«d) En cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición con arreglo a las leyes.»

Esta disposición provoca una cierta perplejidad, porque no está claro a qué se refiere la expresión *repetición*: ¿se remite a las anteriores disposiciones citadas y, concretamente, la Ley de Contrato de Seguro? Ello sería lógico porque nos encontramos en el ámbito de un contrato de seguro y, por ello, lo natural sería aplicar *todo* el bloque de disposiciones relativas a este contrato. Pero puede también pensarse que podrían incluirse aquí aquellos casos en que el asegurado pudiera repetir contra el causante del daño, porque, en definitiva, el asegurador sustituye el pago que debería haber efectuado el asegurado y no parecería extraño permitirle, no que se subrogara en las acciones que el asegurado tuviera contra el causante del daño, cuando se trate de responsabilidad por hecho ajeno, es decir, de responsabilidad regida por el artículo 1903 CC, sino que la *Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* le permitiría actuar directamente contra el causante del daño. Evidentemente, este tema no debe ser tratado en este trabajo y solamente me limito a dejar apuntada esta posibilidad.

⁷ MONTÉS (1996), p. 628, quien afirma que el artículo 76 LCS tiene dos presupuestos: que el asegurador haya pagado, y que lo haya hecho ante la imposibilidad de oponer alguna excepción que hubiera podido oponer frente al asegurado. Esta acción «es inoponible a tercero y, de forma negativa, no cabe la repetición en los casos en que ha pagado al tercero porque la obligación nació de un hecho previsto en el contrato ni en los supuestos en que el asegurador ha alegado ante el tercero perjudicado alguna de las excepciones oponibles, pero no han sido estimadas por el juzgador» (p. 629).

⁸ Incluida en la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

II. EL ÁMBITO DEL DERECHO DE REGRESO

Visto lo anterior, es necesario determinar en qué ámbito se va a tratar el derecho de regreso. El punto básico es el artículo 1904 CC, que permite al empresario (art. 1903.4 CC) recuperar lo que hubieran pagado a las víctimas como consecuencia de la responsabilidad que el artículo 1903.4 CC les atribuye por los hechos de sus dependientes. Y también al titular de los centros docentes (art. 1904.2 CC), por los hechos cometidos por los profesores, cuya indemnización haya sido asumida por el mencionado centro, siempre y cuando éstos hubiesen obrado con dolo, culpa o negligencia graves. Además, hay que estudiar el artículo 145.2 LRJAP, que permite a la Administración ejercitar una acción de regreso parecida a la del artículo 1904 CC. Sin olvidar, también, que debe entenderse ejercitable este mismo derecho en los casos en que deba responderse subsidiariamente por la responsabilidad civil derivada de delitos y faltas en aquellos casos en que el Código Penal la atribuye, es decir, en los supuestos previstos en los artículos 120 y 121 CP.

Debo advertir que este trabajo se centra de forma exclusiva en el derecho de regreso en la responsabilidad extracontractual, es decir, el artículo 1904 CC y los que se han citado anteriormente. Por ello, se excluyen las siguientes cuestiones, sin perjuicio de que en ellas se produzca también un derecho de regreso, que como en los casos que se han citado en la introducción, no tienen un origen exclusivamente extracontractual.

– El problema de la responsabilidad del empresario frente a sus acreedores como consecuencia del perjuicio ocasionado en sus créditos por la actividad del dependiente. Aunque esta cuestión carece de norma concreta en la legislación española, la doctrina y la jurisprudencia han tendido a admitirla, pero escapa al concreto objeto de este trabajo⁹.

– Tampoco se tratará aquí directamente una cuestión que también es polémica: se trata de la discusión sobre si la naturaleza de la responsabilidad del empresario es o no extracontractual cuando el daño ha sido ocasionado por un empleado a otro en el curso de los trabajos propios de su actividad. Esta cuestión puede solucionarse en el marco de las relaciones laborales, aunque también en sede de responsabilidad y puede plantearse entonces si el empresario responde frente al que sufrió el daño, porque ha incumplido las obligaciones de seguridad derivadas del contrato que habían firmado, o bien, que se trata de una responsabilidad extracontractual, porque de lo que se responde frente a la víctima es de la actividad dañosa de otro empleado¹⁰. Sea como sea, pienso que esta cuestión excede del marco de este trabajo y por ello debo dejarla al margen.

⁹ Para el planteamiento de la cuestión y la aportación de las opiniones jurisprudenciales y doctrinales españolas, véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 18-28.

¹⁰ Sobre este tema, véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 221 ss. considerando que «no plantea problemas la aplicación del artículo 1903.IV CC cuando medie un contrato de trabajo entre los sujetos responsables». Sin embargo, y aunque ésta sea una tendencia

En consecuencia, el marco de esta intervención lo delimita el texto del propio artículo 1904 CC, con las adiciones a que antes hice referencia.

El sistema que se ha elegido para estudiar estos temas no puede dejar de ser casuístico, puesto que así se deduce del propio artículo 1904 CC, y, en consecuencia, debemos estudiar todos y cada uno de los supuestos que allí se contemplan, con el intento de deducir de su estudio la concurrencia o no de una regla general en el derecho español que determine las razones por las que este derecho se reconoce. Se trata de delimitar el tema al daño ocasionado por los empleados, los alumnos, los funcionarios, a terceros ajenos a las organizaciones a las que pertenecen, que obligan a responder directamente frente a la víctima a quien sea titular de la mencionada organización en la que el agente del daño se encuentra insertado.

A partir de este planteamiento metodológico y en cada uno de los supuestos que se estudiarán, se examinan dos situaciones: *la acción propiamente de regreso*, ya sea civil (art. 1904 CC), ya sea de la Administración (art. 145.2 LRJAP) y *la acción que puede corresponder a los responsables civiles subsidiarios* que han pagado por el que cometió el delito o falta, en los casos previstos en los artículos 120 y 121 CP, puesto que en este Código no se contempla directamente la posibilidad de ejercitar el regreso.

Debo advertir también que no usaré en este trabajo el derecho comparado¹¹; las razones son que los sistemas comparados ofrecen pocos elementos comunes con el español en lo relativo a la responsabilidad por hecho de tercero y por ello no parece demasiado útil este tipo de método. Pero antes de entrar a estudiar todos y cada uno de los supuestos planteados, resulta también necesario determinar, ni que sea de forma breve, en qué consiste la acción de regreso.

III. LOS CARACTERES Y PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REGRESO EN GENERAL

Tal como ya se ha insinuado en el primer apartado de este trabajo, la regulación de la acción de regreso se encuentra en sede de obligaciones y más concretamente, en la de las solidarias, cuando el artículo 1145.2 CC establece que el deudor *que hizo el pago puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo*. Esta acción es denominada de forma distinta por los diversos autores¹²,

jurisprudencial evidente, no acepto tan claramente esta conclusión. Lo que ocurre es que esta cuestión seguramente excede los límites de un trabajo de este tipo.

¹¹ Una de las razones para no hacerlo es que se encuentra muy bien tratado en diversas monografías de reciente aparición. Véase BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 87-160; MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 59-100, y ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 75-126, entre otros trabajos.

¹² Así, LACRUZ (1985), p. 69, la califica como *acción de reembolso*. Díez PICAZO (1996), t. II, p. 214, la llama *acción o derecho de regreso*.

pero en realidad se identifica con este nombre el derecho que tiene el deudor que ha efectuado la totalidad del pago al acreedor, de recuperar de los demás y según las partes que se hayan fijado en las relaciones internas que existen entre los codeudores.

Siguiendo a Díez Picazo, hay que puntualizar que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en «los principios que vedan el enriquecimiento sin causa», puesto que si el deudor que ha pagado íntegramente al acreedor la prestación que debía conjuntamente con los demás no pudiera recuperar de éstos aquello que pagó de más, se provocaría en los otros deudores un enriquecimiento; Díez Picazo, sin embargo, puntualiza que «no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre un carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la ley con base a aquel principio»¹³.

Los requisitos para que nazca la mencionada acción son los siguientes:

- 1.º Que se haya efectuado el pago y que éste sea válido y eficaz, de modo,
- 2.º Que dicho pago haya producido la liberación de los codeudores.

Las demás cuestiones relacionadas con la acción de regreso en las obligaciones solidarias, tales como los efectos de la falta de la oposición de las excepciones de que pudiera haberse valido para evitarlo¹⁴, la subrogación y su distinción de la acción de regreso, los problemas de la insolvencia de los deudores, etc., no afectan a este tema y por ello deben ser obviados.

Lo que sí pienso que resulta interesante es efectuar una comparación entre ambos derechos, es decir, el reconocido en el artículo 1145.2 CC al deudor solidario y el que otorga el artículo 1904 CC al empresario/titular del centro docente para recuperar la indemnización que han pagado frente a la víctima.

En realidad, existe una cierta tendencia a configurar a los obligados legalmente al pago de estas indemnizaciones con obligaciones solidarias, de forma que algunos, con apoyo en determinadas sentencias, configuran la obligación del empresario sobre la base de la solidaridad. Barceló Doménech cita la sentencia de 14 de febrero de 1964, que consideró que había una pluralidad de sujetos pasivos responsables de la obligación de indemnizar, sobre la base de una pluralidad de vínculos, «pues la obligación de la empresa, fundada en la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, es distinta e independiente de la que contrae el autor material»; esta línea argumentativa, que ha sido seguida por muchas sentencias de la Sala Primera, parece querer añadir una garantía frente a la víctima¹⁵. Ésta puede ser, evidentemente, una solución al problema de la explicación de las causas de la responsabilidad del empresario y se volverá sobre este

¹³ DÍEZ PICAZO (1996), t. II, p. 214.

¹⁴ DÍEZ PICAZO (1996), t. II, p. 215.

¹⁵ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), pp. 342 ss.

tema en el apartado correspondiente. En lo que aquí interesa, me inclino por considerar que el derecho de regreso del artículo 1904 CC no tiene ninguna relación con el que se establece en el artículo 1145 CC¹⁶ y ello porque tanto el empresario como el titular de los centros docentes responden de forma directa, por un hecho por el que la ley les obliga a responder. Por ello, la razón que Díez Picazo aporta, relativa al enriquecimiento injusto de quien siendo deudor, ve su deuda pagada por otro, no por ánimo de liberalidad, sino por imposición de la ley, parece que debe funcionar también aquí como fundamento del derecho de regreso, porque en ambos casos el deudor paga frente al acreedor la totalidad de la prestación. Y en ambos casos, también, porque la ley determina al legitimado pasivamente frente a quién puede el interesado (acreedor o víctima) interponer la acción.

Por ello, me parece correcto utilizar por analogía las reglas de la regulación del regreso en las obligaciones solidarias para fijar las condiciones en que éste puede ser ejercitado frente al causante directo del daño que ha debido ser indemnizado por el empresario/titular del centro docente/Administración. Pero no me parece correcto identificar la responsabilidad de estos sujetos con la solidaridad: ellos no responden solidariamente frente a la víctima. Y ello pienso que merece una explicación un poco más pormenorizada.

Efectivamente, es cierto que la víctima puede escoger entre demandar al empresario/titular del centro docente en base al artículo 1903 CC, o bien demandar al causante del daño en base al artículo 1902 CC. En el caso del titular del centro, la elección no se efectuaría entre éste y el agente, sino entre aquél y los padres del menor causante del daño, o el profesor que haya actuado de forma dolosa, culposa o con negligencia grave. Pero, en ambos casos, las razones legales para interponer la demanda son distintas, porque el empresario y el titular del centro responden por disposición legal, no porque hayan tenido una intervención directa en la producción del daño, y en la solidaridad, todos los deudores responden por la *misma razón*: la obligación que han asumido *conjuntamente* frente al acreedor¹⁷, mientras que en el caso del dependiente agente del daño y de su empresario, las razones por las que resultan obligados son absolutamente distintas: la culpa propia del agente y la responsabilidad vicaria del empresario. Esta afirmación no significa que aquí se esté propugnando que existen dos responsabilidades distintas: la del empleado por culpa propia y la del empresario por culpa ajena; estoy de acuerdo con Lacruz¹⁸ en que aunque existan presupuestos distintos, no hay más que una responsabilidad,

¹⁶ Y ello a pesar de que un sector de la doctrina parece inclinarse por esta explicación. Para no alargar este texto, puede consultarse la bibliografía citada por BARCELÓ DOMÉNECH (1995) p. 344, nota 28.

¹⁷ Estas razones no quiebran en el caso de la fianza solidaria, puesto que aquí se afirma que nos encontramos ante un caso concreto de solidaridad. Véase por todos, Díez PICAZO (1996), t. II, p. 436.

¹⁸ LACRUZ (1985), pp. 579-580.

porque sólo hubo un hecho que provocó el daño por el que se puede reclamar; lo que sí quiero decir es que las razones de atribubilidad de la responsabilidad o, si se prefiere, los centros de imputación, obedecen a consideraciones distintas.

Mayores diferencias incluso existen con la responsabilidad producida por lesiones debidas a la actividad administrativa. En este caso, el particular afectado no puede elegir entre dirigirse contra la Administración o contra el agente administrativo causante del daño, puesto que el artículo 145.1 LRJAP establece que «los particulares *exigirán directamente* a la Administración pública las indemnizaciones correspondientes por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio» y también en este caso se produce el regreso de la Administración cuando la actuación de este personal haya tenido las características que después se establecen en el artículo 145.2 LRJAP. Por tanto, aquí no hay elección, no existen diversos deudores frente al afectado y, sin embargo, el derecho de regreso sigue existiendo.

En consecuencia, sólo razones de analogía permiten aplicar a la acción de regreso los mismos requisitos que se aplican a la acción de reembolso en las obligaciones solidarias. Por todo ello, cabe configurar la mencionada acción de acuerdo con las siguientes características:

1.^a Se trata de una acción de regreso, que tiene como finalidad recuperar del autor material del daño el todo o la parte de la indemnización pagada. La parte que deba recuperarse es una cuestión que tiene relación con el grado de intervención de cada uno y se tratará en cada supuesto concreto; ahora sólo debe retenerse esta característica.

2.^a Para la eficacia de esta acción se requiere:

a) que se haya pagado efectivamente la indemnización a la víctima del daño ocasionado por el empleado/profesor/agente público por parte de quien está legitimado pasivamente por la ley frente a las demandas que interpongan las correspondientes víctimas.

b) Que el acreedor que ejercita la acción de regreso la dirija contra el causante efectivo del daño, de acuerdo con las diferentes modalidades y en las circunstancias previstas en cada caso, puesto que no es lo mismo la acción del empresario que la del titular del centro docente o de la Administración pública.

3.^a Un problema no resuelto legalmente es el que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción. Si se considera que la acción de regreso deriva del acto ilícito, debería aplicarse el artículo 1968.2.º CC y, en consecuencia, la prescripción de la acción sería de un año. Pero la aplicación de esta disposición ofrece algunas dificultades, porque el artículo 1968.2 CC se refiere al ejercicio de la acción por parte del *agraviado*, es decir, de la víctima del daño, y no puede considerarse como tal al responsable por hecho ajeno; por tanto, el inicio del plazo para el ejercicio resultaría un tanto complejo, ya que no podría referirse al momento en

que surgió la causa de la indemnización, el daño, sino aquel en que se pagó la indemnización y este pago tendría entonces la consideración de daño para el responsable, en una argumentación un tanto alambicada. Por ello, parece más aceptable la postura mayoritaria de la doctrina que entiende que no tratándose de una acción derivada de un acto ilícito, sino del reembolso de un pago efectuado por quien no fue el agente del daño, sino sólo el responsable del mismo frente a la víctima, el plazo para el ejercicio de la acción es de quince años, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1964 CC¹⁹. Esta solución es más coherente con el sistema y evita la artificiosa argumentación a que antes había hecho referencia y que debería utilizarse si se quiere considerar que el derecho de regreso se rige íntegramente por las reglas de la responsabilidad extracontractual.

Frente a la reclamación de quien ha pagado efectivamente la indemnización, el demandado sólo podría oponer las excepciones que derivaran de la propia obligación o de su falta de participación en el hecho que provocó la indemnización, pero de acuerdo con lo que se argumenta a continuación, no considero que el empleado demandado pudiera oponer la culpa propia del empresario/director del centro docente, sobre la base exclusiva de la *in eligendo*, *in vigilando*, o *in controlando*.

IV. LA ESTÉRIL DISCUSIÓN: ¿CULPA PROPIA O CULPA AJENA?

La doctrina española se muestra muy perpleja a la hora de explicar el fundamento del derecho de regreso. Si hacemos responder a alguien que no ha cometido el hecho que ha producido el daño que ahora se trata de indemnizar y si partimos de que el criterio de atribución es o debe ser *siempre* la culpa propia, verdaderamente vamos a tropezar con graves dificultades para justificar por qué el responsable por un hecho ajeno va a poder recuperar del agente del daño aquello que pagó. No estará de más que recordemos que las razones de la acción de regreso las encuentra la doctrina más autorizada en la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto. Entonces, éste no se produce cuando quien paga lo hace porque realmente ha intervenido en la causación del daño²⁰. Existiría una culpa propia, que es la razón por la que la víctima tendrá éxito en su reclamación. Muy probablemente, también los partidarios de considerar que no se responde por una culpa propia, sino por riesgo de empresa, van a encontrar también razones para eliminar el derecho de regreso, porque, cómo vamos a repercutir en el empleado el importe de la indemnización

¹⁹ Esta es la opinión mayoritaria de la doctrina española. Así, BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 360; DÍEZ PICAZO (1991), II, p. 2166; DÍAZ ALABART (1991), p. 467; GULLÓN BALLESTEROS (1968), p. 485; MORENO MARTÍNEZ (1996), p. 224.

²⁰ Véase por todos DE ÁNGEL (1991), II, p. 2035.

si resulta que esto se encuentra internalizado en las previsiones económicas de la empresa y que, en definitiva, se ha repercutido ya en los costos del producto que se ha puesto en circulación. Además, muchos podrán pensar que hablar ahora del derecho de regreso es una inutilidad como mínimo, cuando no una imprudencia; efectivamente, si repasamos algunos de los elementos esenciales de este derecho en algunos ordenamientos extranjeros sólo como aportación a la cultura jurídica española y sin ánimo de efectuar un estudio comparatístico, veremos que, tal como puntualiza Zelaya²¹,

«en el sistema alemán, está expresamente reconocido y consagrado (el derecho de regreso) en el § 840.2 BGB, como una manifestación concreta del principio general por hecho o culpa propia. En el sistema francés, no está recogido expresamente por el *Code*, pero la doctrina es unánime en señalar o reconocer su existencia, ya que la responsabilidad vicaria no sustituye ni reemplaza la responsabilidad personal y directa del dependiente, sino sólo la complementa o garantiza.»

Algunos autores se plantean si esta acción está obsoleta, ya que ningún empresario la ejercita y, es más, el propio Zelaya²² reproduce la opinión de algunos autores que mencionan la primera jurisprudencia alemana que consideró incluida en los contratos de trabajo una cláusula tácita, según la cual el empresario no podía repetir contra el dependiente lo pagado a la víctima, salvo los casos de dolo o culpa grave del agente del daño.

Sin embargo, si seguimos el camino de los planteamientos en países de cultura jurídica parecida a la nuestra, habrá que poner también de relieve que las razones de la insolvencia de los empleados no son en realidad el único justificante de la atribución de responsabilidad tanto a los empresarios como a los titulares de centros docentes. Piénsese en un alumno con un padre millonario, que seguramente tendrá medios económicos suficientes para afrontar las responsabilidades que causen los hechos de sus hijos, mientras que en este caso será el titular del centro quien responderá frente a terceros de los actos que el menor haya cometido durante el horario escolar y en ocasión del desarrollo de actividades escolares, extraescolares y complementarias. O el caso de un alto empleado, que podrá asumir perfectamente las indemnizaciones por los daños causados con su actividad, o cubrir los riesgos mediante la contratación de un seguro.

Hecha esta reflexión, vamos a examinar los tres casos en los que el derecho de regreso actúa de forma clara: la responsabilidad de los empresarios, la de los titulares de centros docentes de enseñanza no superior y la de la Administración pública, sin olvidar el polémico caso de los padres por los hechos de sus hijos menores.

²¹ ZELAYA (1995), pp. 573 ss.

²² ZELAYA (1995), p. 575.

A) LA RESPONSABILIDAD DE LOS EMPRESARIOS POR LOS HECHOS DE SUS DEPENDIENTES

a) *Naturaleza de la responsabilidad civil del empresario en el Código civil (art. 1903.4 CC).*—La doctrina y la jurisprudencia españolas han experimentado una evolución clara respecto de la configuración de la naturaleza de la responsabilidad del empresario por el hecho de sus empleados o dependientes. La construcción tradicional de este tipo de responsabilidad se basa en la culpa del propio empresario, considerada como *culpa in eligendo* o *in vigilando*, a la que más modernas opiniones añaden la de la *culpa in controlando*. Así, autores como Santos Briz²³, siguen basando la responsabilidad del empresario en la culpa propia, si bien reconoce que la jurisprudencia ha tendido a la objetivación a partir de 1981²⁴. Barceló Doménech la configura también como una responsabilidad subjetiva por culpa, presumiéndose la culpa y pudiendo el empresario liberarse esta obligación de indemnizar si prueba haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, tal como establece el artículo 1903.6 CC²⁵, si bien también reconocerá que existen razones para la objetivación, una de las cuales, precisamente, se encuentra en el derecho de regreso del artículo 1904 CC²⁶. Finalmente, Concepción Rodríguez mantiene la teoría de la culpa propia, entendiendo que la atribución de responsabilidad «se funda en los propios actos del declarado responsable que, por no observar la debida diligencia en la vigilancia o en la elección de las personas ligadas a él por alguno de los vínculos legalmente establecidos, incurre en responsabilidad»²⁷. El propio Yzquierdo Tolsada, que propugna la naturaleza vicaria de la responsabilidad subsidiaria del empresario en los casos de delito o falta del empleado, considera que en el artículo 1903 CC se basa en la presunción de culpa, que cede ante la prueba de la diligencia, consistente «en el pretendido enlace existente entre el daño producido por el empleado y la falta de cuidado y vigilancia debidos por el principal»²⁸. Gullón²⁹ sigue considerando que la «responsabilidad del empresario se funda en el incumplimiento que impone la convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo su dependencia». Otros autores se muestran más dubitativos sobre la fundamentación de la obligación del empresario de responder frente a la víctima. Así, Lacruz considera que la responsabilidad tiene «un matiz marcadamente objetivo»³⁰, que basa en

²³ SANTOS BRIZ (1984), p. 562.

²⁴ SANTOS BRIZ (1984), p. 563. La misma opinión en PUIG BRUTAU (1983), p. 110.

²⁵ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 163.

²⁶ BARCELÓ DOMÉNECH (1995), p. 176.

²⁷ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (1997), p. 121.

²⁸ YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 270.

²⁹ GULLÓN (1968), p. 482; también en DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS (1995), 7.ª ed., p. 626.

³⁰ LACRUZ (1985), p. 574.

las interpretaciones jurisprudenciales que amplían de forma notable los conceptos de relación de dependencia y de empresario. Cavanillas pone de relieve que en este caso se produce una progresiva objetivización, en base, sobre todo, a la exigencia de «una “vigorosa” o “rigurosa” prueba de la diligencia»³¹; De Ángel³² entiende que hoy se propugna una mayor objetivación de la responsabilidad del empresario, en base a los criterios jurisprudenciales que utiliza y que llegan a hacerle responder por riesgo de empresa. Pero, como puede verse, nadie se pronuncia abiertamente sobre cómo y por qué responde.

En realidad el problema se centra en la necesidad de analizar conjuntamente los artículos 1903 y 1904 CC; la jurisprudencia ha tendido a configurarla inicialmente en base a la culpa propia del empresario, pero se ha producido lo que se ha calificado como hipertrofia de la culpa, en el sentido antes apuntado por Lacruz. Las sentencias de la Sala Primera no se han cansado de repetir que nos hallamos ante la culpa *in eligendo* del empresario y por no citar más que las más recientes, podemos aludir a las de 29 de noviembre de 1988, 17 de mayo de 1989, 30 de julio de 1991, 19 de julio de 1993 y 29 de febrero de 1996. Ello unido a la dificultad que la propia jurisprudencia impone en la prueba la exoneración de la culpa, admitiendo muy raramente la prueba de la diligencia del empresario, en base al artículo 1903.5 CC, hace que esta tendencia a la objetivación sea real.

Últimamente, se inicia una tendencia doctrinal que parece estar más de acuerdo con la naturaleza de las cosas. Zelaya e Yzquierdo se inclinan por considerar que este tipo de responsabilidad puede configurarse como *vicaria*. Y este razonamiento merece una cierta atención.

¿En qué consiste la denominada responsabilidad vicaria? Zelaya la define de la forma siguiente:

«La idea central que fundamenta toda responsabilidad vicaria, indirecta o refleja, es el hecho de que si el empleado, dependiente o auxiliar realiza un acto por el cual es directa y personalmente responsable frente a la víctima, dicha responsabilidad también, y además, se imputa, se traslada y se le puede exigir al empresario, empleador o comitente, quien está privado de la posibilidad de probar la ausencia de culpa personal (no puede eximirse de la responsabilidad probando que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir y evitar el daño)»³³.

En este sistema, la responsabilidad civil del empresario funciona a modo de garantía frente a la víctima; no existe sin la de su empleado, es más, es ésta la que hace surgir la del principal; es una auténtica responsabilidad por hecho ajeno, porque es éste el que hace surgir la responsabilidad propia, finalizando Zelaya por afirmar dos ideas interesantes, que deben ser recogidas aquí: en el sistema de responsabilidad vicaria, la del

³¹ CAVANILLAS MÚGICA (1987), p. 95, aunque también deben consultarse pp. 86 ss.

³² DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2013.

³³ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), pp. 75-76.

empresario es objetiva, porque sólo se requiere probar la culpa del empleado, de modo que el principal responde frente a la víctima de «aquellos daños de los cuales el propio empleado es responsable»³⁴. Y que «no es subsidiaria sino directa y, por tanto, sólo cabe la repetición frente al empleado culpable»³⁵.

¿Hay algún fundamento para aplicar este régimen en el Código Civil español? La pregunta no tiene una respuesta fácil, dado que la tradición doctrinal y jurisprudencial son proclives a configurar la responsabilidad del empresario con base en una culpa propia y específica del mismo, de la que teóricamente se puede exonerar, probando que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1903.6 CC, lo que excluiría por definición el concepto de responsabilidad vicaria. Ahora bien, las tendencias efectivas de la jurisprudencia nos permiten llegar a conclusiones optimistas, en el sentido de poder configurar esta responsabilidad como vicaria, por las siguientes razones:

1.^a Se pone de relieve, aun por quienes siguen basando la responsabilidad del empresario en una culpa propia y peculiar, que la jurisprudencia ha experimentado una progresiva objetivación, que se manifiesta en aquellas sentencias que atribuyen responsabilidad aun por culpa o negligencia de personal altamente cualificado, cuyas actividades no pueden ser controladas de forma directa por la empresa donde prestan sus servicios. Ello ocurre básicamente en los casos de responsabilidad de los centros médicos por daños llevados a cabo por médicos y personal sanitario en general³⁶. La imposibilidad de controlar esta actividad y, a pesar de ello, la obligación de responder frente a la víctima, resulta un indicio de que esta objetivación se realiza sobre la base de la eliminación de criterios basados en la culpa propia. Ello ocurre asimismo en el argumento fundado en el aforismo *cuius commodum eius incommodum*, como ocurre en las sentencias de la Sala Segunda de 9 de noviembre de 1971 y de 21 de octubre de 1976.

2.^a La imposibilidad de la exoneración fundamentada en la prueba de la diligencia del buen padre de familia para evitar la producción del daño. Ello lleva a una progresiva objetivación en la jurisprudencia.

³⁴ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), p. 78.

³⁵ ZELAYA ETCHEGARAY (1995), p. 77. Los fundamentos de este tipo de responsabilidad son altamente discutidos. Véase, por ejemplo, SALMOND & HEUSTON (1987), p. 507, donde concluyen diciendo que, en definitiva, la responsabilidad vicaria tiene como fundamento la *social convenience and rough justice*, que se manifiestan en la mayor capacidad del empresario para satisfacer las demandas de las víctimas por medio de la carga del seguro y la evidencia de que ello permite mejor prevenir los accidentes. Sea como sea, ZELAYA aporta la información de que este tipo de responsabilidad ha sido admitida en diversos códigos europeos, como el francés (art. 1384.5), el italiano (art. 2049), el portugués (art. 500), el griego (art. 922). Véase ZELAYA (1995), nota 84, p. 75. Hay que añadir también que este sistema ha sido adoptado por el artículo 170 del Código holandés de derecho patrimonial.

³⁶ Así, por ejemplo, en las sentencias de 20 de febrero de 1981, 7 de junio de 1988, 17 de junio de 1989, 30 de julio de 1991, 27 de septiembre de 1994, etc.

Así, por ejemplo, entre otras, la sentencia de 2 de diciembre de 1986 declaraba que:

«Cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir.»

Ello lleva a considerar que la imposibilidad de probar la diligencia provoca una objetivación que todos los autores están de acuerdo en reconocer³⁷.

3.^a Parece que existe una tendencia jurisprudencial importante, aunque no unidireccional, sobre la necesidad de declarar la culpa *in operando* del empleado. En muchos casos, el Tribunal Supremo ha exigido la declaración de culpa del dependiente como requisito necesario para declarar la del empresario, como, por ejemplo, la de 9 de julio de 1984, de forma que si no se prueba la culpa del agente, no hay responsabilidad; ahora bien, son también abundantes las que la exigen, como la de 25 de octubre de 1980³⁸.

Es evidente que esta escasa unanimidad debería llevar al alejamiento de la teoría de la responsabilidad vicaria y más si se tiene en cuenta la tendencia jurisprudencial basada en atribuir la responsabilidad al empresario por el riesgo de la empresa³⁹.

Por tanto, resulta imprescindible el estudio del otro supuesto de responsabilidad del empresario: el previsto en el artículo 120 CP.

b) *La responsabilidad civil subsidiaria del empresario, en caso de delito del empleado.*—La existencia de dos regímenes en lo relativo a la responsabilidad civil del empresario es evidente, porque cuando se trata de reclamar la prevista en el artículo 1903.4 CC, la responsabilidad es directa frente a la víctima, que no tiene que demandar al causante efectivo del daño, mientras que en el supuesto del artículo 120 CP, la responsabilidad sólo puede demandarse en el caso de insolvencia del autor del delito o falta, porque aquí es subsidiaria.

No es éste el momento para entrar a discutir sobre la conveniencia o no de mantener esta dualidad de regímenes⁴⁰; lo que no puede dejarse de lado es que *de lege data*, la responsabilidad del empresario en los supues-

³⁷ Así, ZELAYA (1995), p. 205; YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 274, etc.

³⁸ Véase DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2016, y las sentencias allí citadas. También, DE ÁNGEL (1993), pp. 366 ss.

³⁹ Como afirma ZELAYA (1995), p. 220, «esta doctrina jurisprudencial se aleja decididamente de una solución de responsabilidad vicaria (art. 1903.4 CC), por cuanto atribuye una responsabilidad directa al empresario sin necesidad de acreditar culpa en los dependientes que materialmente contribuyeron a causar el daño; más aún se condena al empresario con expresa absolución de los agentes demandados por la víctima como posibles causantes del daño respectivo».

⁴⁰ La cuestión ha producido abundante literatura, entre la que se puede citar como más importante las opiniones de PANTALEÓN (1991), II, pp. 1973 ss; DE ÁNGEL (1993), pp. 49 ss., etc.

tos previstos en el artículo 120 CP no es igual que en el Código Civil: en el Código Penal no puede discutirse que las razones de la responsabilidad se encuentran en la insolvencia del autor del delito/falta que ha provocado el daño que no puede resarcir por falta de medios económicos, o de cobertura por medio de un seguro. Por ello, existe una mayor coincidencia en calificar la responsabilidad subsidiaria como vicaria, en el sentido a que antes he hecho referencia, porque exige la condena del auténtico responsable, como consecuencia de la culpa personal del mismo, y exige además su insolvencia, que implica que el empresario no puede exonerarse en base a la prueba de que se ha comportado con la diligencia del buen padre de familia para evitar que el daño se produjese: la insolvencia del culpable le atribuye la obligación de responder frente a la víctima del delito, sin más posibilidades⁴¹. De aquí a entender que el empresario aparece como un fiador del empleado responsable e insolvente, hay un paso muy fácil de dar.

La respuesta que pienso que hay que dar al problema planteado sobre la naturaleza de la responsabilidad del empresario pasa por admitir que nos hallamos ante un riesgo de la actividad empresarial, que implica que se le atribuya la obligación de resarcir por una culpa no propia⁴². A mi modo de entender, la obligación de resarcir por los daños causados por los dependientes no se puede configurar hoy como una forma de culpa del propio empresario: ésta es una construcción artificiosa y la demostración de esto se encuentra en las dificultades que tiene la jurisprudencia en seguir manteniendo esta postura, lo que lleva a una hipertrofia de la culpa y de los elementos que deben concurrir para que se declare la responsabilidad.

Una interpretación adecuada del Código Civil y no digamos del Código Penal, deben llevarnos a la conclusión de que existen dos tipos de relaciones: la del empresario con los terceros, basada en la corrección del desarrollo de la actividad que lleva a cabo, aunque se trate de una actividad potencialmente peligrosa, y la del empresario con sus empleados. Frente a los terceros, aquellos que acaben siendo las víctimas de cualquier aspecto de las operaciones normales de la empresa, el empresario funciona como garante de su corrección y, por ello, debe responder de los daños que se causen. A pesar de todas las trabas que pueden deducirse del texto del artículo 1903 CC, ya se ha puesto de relieve que la construcción jurisprudencial ha permitido configurar la obligación de responder como incluida dentro de las normales actividades empresariales; esto puede comprobarse sobre todo en la complejidad del expediente de la exoneración de la obligación en base a la prueba de la diligencia, admitida en el artículo 1903.6 CC, pero muy dificultada por la jurisprudencia, hasta el punto de hacerla casi imposible.

⁴¹ Entienden que la responsabilidad subsidiaria del empresario ex antiguo artículo 22 CP y en la actual regulación es vicaria, MONTÉS (1996), p. 641; YZQUIERDO TOLSADA (1997), pp. 271, 273, 276 y 283, y ZELAYA (1995), pp. 275 ss., al examinar las sentencias de la Sala Segunda sobre responsabilidad del empresario en accidentes de trabajo.

⁴² ROCA TRÍAS (1996), p. 77.

De aquí que la responsabilidad pueda configurarse como vicaria, en el sentido de que se responde no por culpa propia, sino por aquella actividad producida por un elemento de la empresa, porque frente a los terceros sólo será relevante esta situación⁴³.

c) *El derecho de regreso del empresario contra sus dependientes.* Lo dicho hasta aquí es muy importante para determinar el fundamento del derecho de regreso, porque recoge uno de los problemas a los que la doctrina española ha prestado menos atención, seguramente por la escasez de su aplicación práctica.

Efectivamente, si decimos que el empresario responde por culpa propia, el regreso del artículo 1904 CC carece de toda justificación⁴⁴, porque mal puede reclamar quien paga algo a lo que está obligado. Entonces, lo único que cabe alegar es que posiblemente exista una culpa compartida entre el empresario y su dependiente, de forma que cada uno debe responder por la parte en las relaciones internas, como si de obligaciones solidarias se tratara⁴⁵. Si tenemos en cuenta los razonamientos jurisprudenciales, muy posiblemente sea ésta una explicación lógica en el estado actual de la cuestión, aunque no la comparta.

Por otra parte, si se toma una postura objetivista, el principal inconveniente con el que el intérprete tropieza es el artículo 1903.6 CC, que permite la exoneración del empresario mediante la prueba de que empleó la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Tomemos la postura que tomemos, siempre existirá un argumento para evitar su corrección; de aquí a considerar que nos hallamos ante un

⁴³ Coincido, por tanto, con ZELAYA, para quien no existen dudas sobre la característica vicaria de la responsabilidad subsidiaria en los casos de delitos o faltas cometidos por los empleados, de acuerdo con el anterior artículo 22 CP (ob. cit. 1995, p. 646) y que ello es también deducible de la jurisprudencia sobre la base de esta progresiva objetivación, porque «es claro que actualmente la regla general en materia de responsabilidad del empresario por sus dependientes es el régimen vicario, en el cual la culpa in operando del dependiente es *condición sine qua non* de la responsabilidad del empresario (esta declaración se hace incluso si no se ha demandado ni traído a proceso al concreto dependiente). El empresario sólo se puede liberar de su responsabilidad si acredita algún hecho impeditivo de esta especial clase de responsabilidad, por ejemplo, que no existe vínculo de dependencia o que hubo extralimitación laboral por parte del dependiente» (p. 648).

⁴⁴ DE ÁNGEL (1993), p. 366, pone de relieve esta dificultad y afirma que esta disposición «constituye un serio obstáculo para la sustentación de lo que en el artículo 1903 parece ser premisa incuestionable; a saber, que el empresario ha incurrido en culpa. Existen, para salvar el escollo, dos posibles interpretaciones: o entender, como hacen algunos autores que el artículo 1904 es prueba inequívoca de que el empresario responde aunque no hubiera mediado culpa por su parte (caso en que se halla plenamente justificada la acción del empresario contra el dependiente); o bien considerar que lo que se puede reclamar de este último no es *todo* lo que el empresario hubiese desembolsado en favor de la víctima, sino sólo la parte que corresponda». Véase también DE ÁNGEL (1991), p. 2035. Véase, asimismo, GULLÓN BALLESTEROS (1968), p. 485. DE ÁNGEL critica esta segunda opinión porque entiende que existe una dificultad en el propio artículo 1904, porque permite recuperar lo que hubiese satisfecho, entendiendo que se trata de «*todo* lo satisfecho, no una parte de ello». En una obra anterior, yo misma había sostenido esta tesis (ROCA TRÍAS. 1996, p. 79), aunque sobre la base de que la responsabilidad del empresario es objetiva o por riesgo.

⁴⁵ Sobre este tema véase lo dicho en el apartado III de este trabajo y, además, la bibliografía citada por BARCELÓ DOMÉNECH (1996), nota 28, p. 344, que doy por reproducida.

callejón sin salida⁴⁶ no hay más que un paso, y por ello debe tomarse partido por alguna de las soluciones que se apuntan en la moderna jurisprudencia.

Pienso que seguir manteniendo la responsabilidad por culpa del empresario conduce, como se ha visto, a un sistema en el que la propia culpa deja de tener razón de ser: si resulta que no es posible liberarse del pago de la indemnización porque la prueba de la no culpa resulta tan dificultosa que deviene imposible, es que estamos ante un supuesto claro de objetivación frente a la víctima del daño. Y entonces la única posibilidad es configurar la responsabilidad del empresario como vicaria, puesto que, además, una solución de este tipo la acerca más a la prevista en el Código Penal. Y a partir de aquí, recobra todo su sentido el derecho de regreso, porque el principal no paga por una culpa propia, sino por una acción que se encuentra inserta dentro de la actividad empresarial que lleva a cabo. A partir de este planteamiento, caben dos soluciones: i) o bien se asume el riesgo dentro de los costos de la empresa, internalizándolo, con lo que el siguiente paso constituye la repercusión de la prevención del mismo sobre los consumidores de los productos o servicios de la empresa en cuestión; ii) o bien se repercute el costo de las indemnizaciones en aquellos que han producido el daño, no debiéndolo producir, con lo que la repercusión en el precio final de los productos ofrecidos por la empresa debería aminorarse.

Mi opinión es que no resulta correcto fundamentar en el enriquecimiento injusto la razón del derecho de regreso, puesto que el empresario que paga, seguramente habrá previsto el costo de las indemnizaciones en la planificación económica de su actividad y, como he dicho antes, repercutirá en otros, el consumidor final, el precio de las indemnizaciones. Así es cierto que un sistema de no repercusión en el empleado puede llevar a una progresiva desresponsabilización, con el consiguiente aumento de los accidentes y de las víctimas. Pero no lo es, por otra parte, que si objetivamos la responsabilidad del principal, ello redunde en la no repercusión del daño en el agente del mismo; podremos exigirle mayor intencionalidad, como ocurre en el caso de los centros docentes o de la Administración pública, pero no se elimina necesariamente.

En conclusión, por tanto, pienso que si aplicamos al empresario el sistema de responsabilidad vicaria, como parece coherente después de los razonamientos anteriores, deberemos concluir que frente a la víctima no paga una deuda propia, sino que suple la insolvencia del agente o facilita la reclamación de la víctima, porque puede resultar difícil la identificación del concreto autor del daño en organizaciones muy complejas. El esquema de la responsabilidad vicaria, es decir, supliendo la obligación del empleado autor del daño, es clarísima en el sistema penal de responsabilidad subsidiaria. Por ello, por no tratarse de una deuda propia, la posibilidad de repetir por la totalidad de la indemnización pagada proporciona una explicación coherente y adecuada al derecho de regreso del artículo 1904.1 CC.

⁴⁶ En el que seguramente no es el menos culpable GARCÍA GOYENA, según se deduce de la interpretación de ZELAYA (1995), pp. 141 ss.

B) LA RESPONSABILIDAD DE LOS TITULARES DE LOS CENTROS DOCENTES POR LOS HECHOS DE SUS ALUMNOS MENORES DE EDAD Y LOS DE SUS PROFESORES

Si difícil resultaba la configuración de la responsabilidad del empresario, la cuestión relativa a la del titular de centros docentes es mucho más compleja. De entrada, porque éstos responden por el hecho causado por «sus alumnos menores de edad», de acuerdo con el artículo 1903.5 CC, pero de quien pueden repetir es de sus profesores, cuando éstos hayan actuado incurriendo «en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño» (art. 1904.2 CC). Ello plantea como mínimo dos preguntas: ¿pueden los titulares de los centros repetir contra los padres de los alumnos que han causado el daño? Y la segunda, ¿quién debe ser demandado cuando ha intervenido culpa del profesor: éste, el titular del centro, ambos conjuntamente?

a) *La naturaleza de la responsabilidad del titular del centro docente.*—No pienso que deba repetir las teorías clásicas, que asimilaron el supuesto de los maestros al de los empresarios, dada la reforma efectuada en 1991, que cambió radicalmente el sistema de responsabilidad civil, en este caso. Hay que advertir también que este tipo de responsabilidad sólo debe aplicarse a los centros privados, puesto que los públicos se rigen por la LRJAP.

Como pone de relieve Moreno Martínez⁴⁷, si bien en origen se configuró esta responsabilidad como un supuesto de *culpa in vigilando*, diversas sentencias fueron constatando la inadecuación del sistema y se buscaron otros trámites para solucionar el problema, entre los que se encuentra la analogía con el caso del empresario.

La doctrina que ha comentado la reforma de 1991 tampoco se pone de acuerdo acerca de si se ha instaurado un sistema de responsabilidad objetiva o se sigue manteniendo el antiguo criterio de la culpa. Díaz Alabart no acaba de pronunciarse sobre esta cuestión, aunque parece inclinarse por considerar que se sigue manteniendo el antiguo sistema de la culpa, por bien que estima que «sería posible optar por una responsabilidad objetiva de los centros escolares»⁴⁸, que no acaba de ver clara en la redacción dada al artículo 1903.5 CC por la Ley de 1991, puesto que, afirma que «parece incuestionable que si la ausencia de culpa exime de responsabilidad es que ésta procede de la existencia de culpa»⁴⁹. Moreno Martínez opina que el legislador sigue manteniendo el sistema de culpa, basándose en la existencia del derecho de regreso del artículo 1904.2 CC⁵⁰, criterio que parece mantener, si bien de forma no clara, Concepción Rodríguez, porque después de afirmar que la finalidad de la reforma es tratar de garantizar la sol-

⁴⁷ MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 101 ss.

⁴⁸ DÍAZ ALABART (1991), p. 463.

⁴⁹ DÍAZ ALABART (1991), p. 458.

⁵⁰ MORENO MARTÍNEZ (1996), pp. 122-123.

vencia, luego se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha seguido manteniendo el criterio de la culpa⁵¹. De Ángel sigue manteniendo que esta responsabilidad civil está sometida a los criterios generales que gobiernan en materia de «responsabilidad por hecho ajeno»⁵², preguntándose también si no tendrá lugar una evolución parecida a la que ha sufrido la responsabilidad del empresario y no se llegará a identificar «una responsabilidad cuasiobjetiva de facto, por considerarse que tal responsabilidad dimana de la explotación de una actividad que, al deparar ventajas económicas, debe llevar consigo la contrapartida del deber de responder prácticamente en todo caso, en virtud de la creación de un riesgo»⁵³. Gómez Calle piensa también que en el artículo 1903 CC, «la responsabilidad del titular del centro es directa y por culpa», puesto que puede exonerarse probando que empleó la diligencia que está prevista en el artículo 1903.6 CC⁵⁴.

A la vista de las anteriores opiniones, pienso que el tema debe reconducirse; efectivamente, la preocupación de los autores que han estudiado la reforma producida en 1991 se centra en la relación titular del centro/profesor, de manera semejante a la que existe en el artículo 1903.4 CC en la correlación empresario/dependiente. Y la cuestión pienso que es mucho más compleja, por las razones siguientes:

1.^a Porque la responsabilidad del titular del centro docente se produce en dos esferas distintas al parecer: en la que se refiere a los hechos de los alumnos y en la que se refiere a los hechos de los profesores.

2.^a Porque en ambas esferas hay que distinguir entre la responsabilidad civil y la derivada de delito o falta cometidos por los menores o por los profesores.

3.^a Porque la ley sólo prevé la repetición contra los profesores, para cuyo supuesto no se prevé una responsabilidad del titular del centro docente, y no establece ninguna salvedad para el caso de que el daño se produzca por la actividad de uno de los alumnos.

Hay que intentar, pues, responder a todas y cada una de estas cuestiones, tarea que no resulta nada fácil.

b) *La responsabilidad del titular del centro docente por los hechos de sus alumnos.*—El artículo 1903.5 CC hace responder a los titulares de los centros docentes de los actos cometidos por sus alumnos que ocasionen daños. Dejo ahora el estudio de este tipo de responsabilidad en lo que se refiere a la condición de alumno, a los períodos en que el daño debe ocasionarse, etc. Interesa sólo identificar el tipo de responsabilidad. A la vez, sigue vigente el artículo 22.2 CP, que establece la responsabilidad civil subsidiaria de «las personas o entidades que sean titulares de un

⁵¹ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (1997), pp. 129 y 131.

⁵² DE ÁNGEL (1991), t. II, p. 2030.

⁵³ DE ÁNGEL (1993), p. 536.

⁵⁴ GÓMEZ CALLE (1991), pp. 278-279.

centro docente de enseñanza no superior, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido los alumnos del mismo menores de dieciocho años», puesto que al no haberse promulgado la ley que regula la responsabilidad penal del menor de edad, de acuerdo con la disposición final séptima.2 del Código Penal de 1995, sigue vigente el bloque de disposiciones del antiguo Código Penal, que regula la responsabilidad civil del menor.

A mi modo de ver, la responsabilidad que afecta a los titulares de los centros de enseñanza no superior en este caso debe ser configurada como responsabilidad por culpa propia, aceptando claramente la tradicional doctrina de que nos hallamos aquí ante un defecto de la vigilancia. Si se quiere, se puede añadir que el anterior defecto es una consecuencia de la falta de la organización debida de la actividad escolar y, por ello, el titular del centro docente responde por culpa propia. A ello podemos añadir también que durante el período escolar, los padres trasladan al titular del centro la obligación de guarda y custodia, existiendo una especie de delegación de estas funciones, por lo que los titulares responderían por las mismas razones que deben hacerlo los padres⁵⁵. Estas razones me llevan a proponer la siguiente interpretación de esta disposición: el titular del centro al responder por culpa propia, sólo podrá exonerarse si prueba que actuó con la diligencia de un buen padre de familia para evitar el daño; esto implica que nos hallamos ante una responsabilidad por culpa propia, sin posibilidad de repetir contra el causante del daño, o contra sus padres. Por ello no resulta ilógica la falta de previsión del artículo 1904 CC con relación al supuesto en que el daño haya sido ocasionado por un alumno⁵⁶.

c) *La responsabilidad del titular del centro por los daños ocasionados por los profesores.*—Curiosamente, la finalidad de la reforma efectuada en 1991 fue la de trasladar el centro de imputación de la responsabilidad desde los maestros, donde estaba concentrada desde 1889, hacia los titulares del centro de enseñanza, donde se halla ahora. Pero siguió manteniendo el supuesto de hecho de la imputación: el hecho dañoso producido por un alumno. En consecuencia, la responsabilidad por el hecho de los maestros sigue manteniéndose en las mismas coordenadas en que se encontraba en el momento de la reforma.

Por tanto, nos encontramos ante un supuesto de hecho distinto, que debe solucionarse por otros criterios distintos de aquellos que regulan la hipótesis anteriormente estudiada.

⁵⁵ Véase en este sentido la opinión de GÓMEZ CALLE (1991), p. 27, nota 15, donde efectúa un paralelismo entre la responsabilidad de los padres y la de los maestros.

⁵⁶ ZELAYA ETCHEGARAY (1993), p. 104, nota 37, se pregunta si sería posible la repetición del titular del centro contra el alumno y se remite a las opiniones de DE ÁNGEL y PANTALEÓN sobre los criterios de imputabilidad del menor que comete un acto dañoso. Véase asimismo, YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 299, sobre los casos en que de acuerdo con el artículo 22 CP deben responder los titulares de los centros. Pienso que los argumentos que ofrezco en el texto pueden ofrecer una base para, por lo menos, discutir en un tema que no aparece claro en absoluto.

En principio, debería afirmarse que cuando sea el profesor el causante directo del daño a los alumnos o, incluso, a terceros, será él el único responsable, salvo que nos encontremos ante un funcionario o contratado del servicio público de la enseñanza, en cuyo caso se aplicará la regla general de la responsabilidad patrimonial de la Administración, contenida en la Ley 30/1992. Por tanto, la víctima del daño debería dirigirse contra el causante del mismo. Pero esta posibilidad viene interferida por lo que dispone el artículo 1904.2 CC, porque si sólo puede ser demandado el causante del daño, no tiene sentido que el titular de la organización donde éste presta sus servicios goce de un derecho a obtener lo que ha pagado como indemnización. Porque, como es obvio y se deduce de la simple lectura del artículo 1903 CC, la ley no hace a los centros responsables de los hechos de sus profesores que hayan causado un daño a terceros. Alguna explicación debe existir para este aparente contrasentido.

La explicación pienso que debe hallarse reconduciendo la situación a la responsabilidad del empresario. Por ello, entiendo que nos encontramos ante el supuesto previsto en el artículo 1903.4 CC y que antes he predicado del empresario, que no responde por culpa propia por los hechos de sus empleados, los profesores y otros cargos que trabajan en la organización con fines docentes, sino que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 1904.2 CC, nos hallamos ante un caso de responsabilidad vicaria del titular del centro⁵⁷, que no se limita a los profesores, sino a cualquier persona integrada en la organización docente, aunque luego la repetición va a ser en forma distinta si el daño proviene de un profesor o de otra persona.

Por tanto, del artículo 1904.2 CC puede deducirse que si el autor del daño es el maestro y ha actuado de forma dolosa, o con culpa grave en el ejercicio de sus funciones, provocando un daño a alumnos o a terceros, el titular del centro responde por las mismas razones que lo haría el empresario, de acuerdo con el artículo 1903.4 CC, que ya se ha estudiado. Y por ello tiene derecho a recuperar aquello que haya pagado en concepto de indemnización. Porque no hay una culpa propia, sino que se responde de forma vicaria. Lo mismo cuando el que ha provocado el daño fuera otra persona distinta de un docente.

Queda, sin embargo, una cuestión no solucionada en el artículo 1904.2 CC y que provoca alguna perplejidad en sectores importantes de la doctrina española: ¿qué ocurre en el caso en que el profesor no haya actuado con dolo o culpa grave? ¿Responde el titular del centro? Y si lo hace, ¿no puede repetir?⁵⁸ La cuestión no tiene una solución fácil y tampoco me parece que ofrezcan datos definitivos algunas opiniones que, utilizando criterios de la doctrina comparada, entienden que ello es lógico en un sistema tendente a una cada vez mayor objetivación de la res-

⁵⁷ ZELAYA ETCHEGARAY (1993), p. 105, donde afirma que el artículo 1904.2 CC «ha regulado un especial supuesto de responsabilidad vicaria o indirecta del principal».

⁵⁸ Sobre esta cuestión, DE ÁNGEL (1991), p. 2036.

ponsabilidad civil⁵⁹. Porque entonces se crearía, como algunos han puesto de relieve⁶⁰, una clase privilegiada de empleados: los profesores, que sólo responderían por dolo o culpa grave, mientras que, demandado el titular del centro por daños causados por sus profesores en los que haya intervenido negligencia o culpa leve, no podrá repetir contra ellos. Y esta diferencia no se da tanto entre profesores y otra clase de asalariados, sino incluso entre trabajadores del mismo centro, como antes he puesto de relieve, porque lo que no me parece aceptable es asimilar los que no tienen tareas docentes a los que sí las tienen, a los efectos de atribuirles otro tipo de responsabilidad distinta de la que tiene cualquier empleado.

Lo que no ofrece ninguna duda es que la víctima podrá demandar al titular del centro, sin necesidad de dirigirse contra el profesor; que no existe solidaridad entre los titulares de los centros y los profesores, y que, finalmente, la víctima podrá elegir entre demandar a uno o a otro, pero cada uno responderá por la regla que le sea de aplicación, es decir, el centro por el artículo 1903.4 CC y el agente del daño por el artículo 1902 CC. Y una vez fijado el tema, y aunque lo anterior pueda parecer una obviedad, pienso que cuando el artículo 1904.2 CC establece el derecho de repetición sólo en los casos de dolo o culpa grave del profesor, no sólo está fijando los límites de la acción de reembolso, sino también los supuestos en que la víctima puede elegir entre demandar al titular del centro o al profesor. Me explicaré; si partimos de la base de que la responsabilidad por hecho ajeno no es la regla general que cuando la ley establece la responsabilidad del empresario lo hace para suplir la del agente del daño empleado suyo, en un sistema que he venido en identificar como responsabilidad vicaria, aceptando la opinión más moderna en este aspecto de la responsabilidad civil, y asimilando los casos de responsabilidad del titular del centro por hechos de los maestros a los casos regulados en el artículo 1903.4 CC, hemos de llegar a la conclusión que el reconocimiento del derecho a repetir es una consecuencia de la identificación del centro de imputación de la responsabilidad. Por ello, la responsabilidad por hecho de otro sólo puede tener como razón la cobertura de un hecho del que el agente es culpable, pero que se imputa a otro por razones de mayor protección de la víctima.

Si configuramos, pues, la responsabilidad por hecho de otro como vicaria, se requiere que el agente del daño sea hallado culpable del mismo. Y esto mismo es lo que sucede con la repetición prevista en el artículo 1904.2 CC: sólo si el profesor es culpable, funcionará la responsabilidad vicaria, de modo que la víctima podrá dirigirse contra el titular del centro, quien a su vez podrá repetir contra el profesor. En los casos en que éste no haya actuado con dolo o culpa grave, no podrá demandarse al

⁵⁹ ZELAYA (1993), p. 106.

⁶⁰ Como MORENO MARTÍNEZ (1996), p. 218, y RUBIO TORRANO (1993), pp. 431-432. En un sentido parecido, DE ÁNGEL (1991), p. 2036.

titular del centro, sino que deberá demandarse directamente al propio agente del daño.

d) *El derecho de repetición.*—Si se aceptan los anteriores razonamientos debemos concluir que no existen diferencias esenciales entre los casos en que el derecho a repetir derive de la responsabilidad del empresario o de la del titular del centro docente, siempre y cuando se limite, como hace el artículo 1904.2 CC a las reclamaciones contra profesores que hayan actuado con dolo o culpa grave en la producción del daño. El fundamento es claramente la configuración de la responsabilidad como vicaria y, en consecuencia, no existe una responsabilidad por culpa propia, sino sustituyendo la de quien debiera haber respondido directamente frente a la víctima. Doy por reproducidas, pues, aquí, las razones que se esgrimen en el apartado correspondiente a los empresarios.

C) ¿PUEDEN REPETIR LOS PADRES?

Lo que se ha venido estudiando hasta aquí se refiere solamente a aquellos casos en que la ley fija un derecho de regreso, pero no hay que olvidar que existe la discusión relativa al caso que los padres hayan pagado la indemnización a la víctima por hechos llevados a cabo por sus hijos menores de edad (art. 1903.2 CC), supuesto que no se encuentra recogido en el artículo 1904 CC y que la doctrina discrepa sobre si es posible o no considerar que se encuentran en la misma situación. El problema no tiene una solución fácil, puesto que lo que empieza por no aparecer claro es si los menores de edad son imputables en aquellos casos en que tengan suficiente capacidad de entender y querer⁶¹. Además, el artículo 1904 CC no recoge la posibilidad de que los padres ejerciten frente a su hijo el derecho de regreso por las cantidades pagadas como indemnización en aquellos casos en que el hijo sea solvente e imputable. Frente a esta omisión se formulan dos teorías: las negativas, que tienen como punto de partida la argumentación de Castro, quien consideraba que el hijo o el pupilo podían oponer a la acción de regreso ejercida por sus padres o tutor «el incumplimiento de los deberes de guarda y vigilancia», a diferencia de lo que ocurre con el dependiente⁶², postura que parece seguida por Gullón, al circunscribir esta acción a los casos expresamente contemplados en el artículo 1904 CC, sin que pueda extenderse a otros supuestos⁶³, postura que parecen compartir otros autores, como Lacruz⁶⁴. Las positivas, que

⁶¹ Sobre esta cuestión, véase PANTALEÓN (1983), pp. 452 ss.; DE ÁNGEL (1993), pp. 307 ss. y GÓMEZ CALLE (1992), p. 378 ss.

⁶² CASTRO (1952), p. 191 y nota 4 de esta misma página.

⁶³ GULLÓN (1968), p. 485, nota 32.

⁶⁴ LACRUZ (1985), p. 582, lo niega al decir que «la repetición (es) o innecesaria porque si el guardador procedió con entera diligencia no puede ser demandado; o improcedente, pues la conducta negligente del guardador asume la culpa del menor, al haber causado él mismo al agente directo el daño consistente en permitirle los actos que perjudicaron al tercero. Sólo en el ámbito penal cabe repetir», por tratarse de una responsabilidad subsidiaria.

admiten la repetición; Gómez Calle, considera que es posible repetir cuando el menor sea «causante directo y culpable del daño»⁶⁵.

Yo me inclino por esta última propuesta, siempre y cuando el hijo fuese plenamente imputable y hubiese actuado de forma consciente. No quiero entrar en este caso en la discusión sobre si los padres responden de forma objetiva o no; esta cuestión está todavía pendiente de la futura ley penal del menor. Hasta ahora, por tanto, todo lo que se ha venido diciendo sobre este tema resulta plenamente vigente. Por lo que mi conclusión es que si el hijo menor de edad, pero plenamente imputable civilmente realiza un acto dañoso, debe responder personalmente y los padres podrían recuperar lo pagado.

D) LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como es sabido, el artículo 106.2 CE establece el principio de indemnización a los particulares por aquellas lesiones que sufran en sus bienes y derechos, siempre que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, excluyendo el caso en que el daño se haya producido por fuerza mayor. Este principio encuentra su régimen en los artículos 139 y ss. LRJAP, que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración pública como objetiva, cuando concurren los elementos previstos en el propio artículo 139, excluyéndose en cualquier caso la fuerza mayor, pero no el caso fortuito.

Esta responsabilidad es ahora exigible *directamente* a la Administración pública, quedando a salvo a ésta el derecho a repetir de «sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca» (art. 145.2 LRJAP)⁶⁶.

La responsabilidad de la Administración pública es directa y objetiva⁶⁷, que es independiente de la culpa en que pueda haber incurrido el funcionario o agente administrativo que ha provocado la lesión; como afirman García de Enterría y T. R. Fernández «quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la administración o de sus agentes... sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita»⁶⁸.

⁶⁵ GÓMEZ CALLE (1992), p. 441.

⁶⁶ Este procedimiento es el establecido en el artículo 21 del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial*, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

⁶⁷ Existe unanimidad en la doctrina administrativa acerca de la configuración de la responsabilidad con estas características. Así GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 370 ss., MARTÍN REBOLLO (1994), p. 44, entre otros autores.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 371.

Si nos limitamos a lo establecido en la LRJAP, podemos afirmar que actualmente la doctrina que atribuye la responsabilidad directa a la Administración con los criterios antes señalados resulta absolutamente pacífica. Con excepción de aquellos casos en que la Sala Primera ha aplicado la teoría de la culpa a los actos médicos⁶⁹, todas las sentencias de la Sala Tercera sostienen el carácter objetivo de la responsabilidad de las Administraciones públicas.

Si comparamos esta cuestión con los problemas que planteaban las anteriores causas de responsabilidad, la conclusión a la que se debe llegar es que existen mayores dificultades en las reguladas en el artículo 1903 CC que en la de la Administración pública: las Administraciones públicas responden directamente de los daños causados por sus agentes (funcionarios, contratados, etc.), sin perjuicio del derecho de regreso. El derecho de regreso no es incompatible con una responsabilidad objetiva, de modo que «la imputación directa a la Administración pública –y en base a un criterio de responsabilidad estricta– de los daños causados por sus agentes o funcionarios no se traduce en una total exoneración de éstos pues... (el artículo 145 LRJAP) establece que los funcionarios públicos –agente directo y material del daño– responden personalmente de tales perjuicios siempre que medie dolo o culpa grave de su parte»⁷⁰. Esta norma se traduce en una doble posibilidad: la responsabilidad directa prevista en el mencionado artículo 145.1 LRJAP, y la subsidiaria, prevista en el artículo 121 CP.

a) *La responsabilidad directa de las Administraciones públicas y el derecho de regreso.*—Respecto a la responsabilidad directa no pueden formularse mayores reflexiones; sólo advertir que para que el regreso sea eficaz, debe concurrir dolo o culpa o negligencia grave del agente en la producción del daño. Ésta viene a coincidir con la que se exige a los profesores para la eficacia de la acción de regreso ejercida por el titular del

⁶⁹ Debe compararse a estos efectos la solución dada por la Sala Tercera (sección Cuarta) del Tribunal Supremo, de 14 de junio de 1991, en un caso de responsabilidad por actos médicos, en el que la mencionada Sala declaraba la intrascendencia de la alegación de ausencia de dolo, culpa, impericia o negligencia, «porque, en definitiva, es la realidad que se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo tal, que hace muy difícil en la práctica –y a la vez innecesaria– la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público». Menos suerte hubiese tenido la reclamante si hubiese acudido a la vía civil, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido declarando de forma reiterada que la responsabilidad de los profesionales de la medicina siempre es por culpa o negligencia, aun los de la sanidad pública; por no alargar más esta nota, citaré únicamente la STS de 15 de marzo de 1993, en la que la mencionada Sala Primera declara que «para que pueda surgir la responsabilidad del profesional sanitario o del Centro hospitalario de que aquél depende... se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que, en la valoración de la conducta profesional de los médicos y sanitarios en general queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opera la inversión de la carga de la prueba». Y esta sentencia la he citado sólo a título de ejemplo, pues ella misma cita otras en el mismo sentido de la propia Sala Primera.

⁷⁰ ZELAYA (1993), p. 106, nota 43.

centro docente, según el artículo 1904.2 CC. Parada advierte que se «configura... una suerte de responsabilidad administrativa, con fundamento subjetivo, más exigente, como se dijo, que la contemplada en el artículo 1902 CC, en que basta la simple negligencia»⁷¹; no estoy de acuerdo con este autor, porque no se trata de aligerar la responsabilidad, puesto que la de la Administración frente a la víctima es siempre objetiva y, por tanto, más exigente; lo que ocurre es que la repetición se regirá por el principio apuntado por Zelaya⁷², de acuerdo con el que «a mayor objetivación de la responsabilidad del principal o titular de la actividad, menor debe ser la objetivación de la responsabilidad del agente directo del daño» y no tanto por la justa distribución de riesgos a que este autor alude, sino porque la objetivación se configura como una garantía de la víctima⁷³, que estará liberada de probar la culpa de quien le produjo el daño; satisfecha la víctima, ya no resulta tan importante si el principal puede o no recuperar lo pagado. Seguramente porque ya no estamos en este caso ante una responsabilidad vicaria de la Administración, sino propia, el derecho de repetir sólo podrá ejercitarse cuando lo determinante del nacimiento de la obligación de indemnizar sea la actitud del propio agente.

Parada pone de relieve las condiciones para el ejercicio del derecho de regreso, de acuerdo con el artículo 145.2 LRJAP: que la Administración haya satisfecho efectivamente la indemnización y que el funcionario haya incurrido en dolo, culpa o negligencia grave⁷⁴.

Una cuestión que se suele poner de relieve es la escasa aplicación práctica de este derecho de regreso. Ciertamente, el artículo 145.2 LRJAP parece configurarlo como discrecional de las Administraciones afectadas, al utilizar la expresión *podrá exigir*. Hasta el punto de que parece que sólo existe una única sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1989 en que se admite un caso de derecho de regreso.

Pero esta discrecionalidad de la Administración no se concreta solamente en la posibilidad o no de exigir el regreso, puesto que el artículo 145.2 LRJAP obliga a ponderar unas determinadas circunstancias, que influirán en la definitiva fijación de la cantidad a reclamar. Así se exige que se tengan en cuenta los siguientes criterios:

«El resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso».

lo que permite, en caso que se ejercite, ajustar la cantidad a reclamar, tanto al alza como a la baja, de forma que no tiene por qué coincidir con

⁷¹ PARADA (1993), p. 451.

⁷² ZELAYA (1993) p. 107.

⁷³ Esta es también la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ (1993), p. 405.

⁷⁴ PARADA (1993), p. 451.

la efectivamente pagada por la Administración. Por ello no estoy de acuerdo con Parada, quien critica esta acción por la discrecionalidad que se reconoce a la Administración; en cualquier caso, pienso que la crítica no se centra tanto en este extremo, sino que en realidad, no se repercute al funcionario o agente administrativo la misma indemnización que se tuvo que pagar a la víctima, sino que se configura como una nueva indemnización a la Administración, como consecuencia de la conducta desarrollada por el funcionario culpable. Ello se deduce de los criterios de ponderación y muy especialmente el relacionado con la responsabilidad profesional, lo que implica que podrían incrementarse las cantidades a pagar si hubiese existido una actuación disconforme con la *lex artis* a que viniera obligado el funcionario por razón de su cualificación profesional. Si este fuera el caso, mi opinión es que no nos hallamos ante un típico derecho de regreso, sino ante una reclamación autónoma de la Administración por la intervención decisiva del funcionario en la producción del daño.

b) *La responsabilidad subsidiaria de las Administraciones públicas en el caso de delitos, dolosos o culposos, cometidos por los funcionarios.* El artículo 121 CP clarifica la cuestión de la responsabilidad patrimonial subsidiaria de las Administraciones públicas, en los casos de delitos cometidos por la autoridad, agentes, contratados y los funcionarios, en el ejercicio de sus cargos. Se trata de una responsabilidad civil subsidiaria, por tanto, vicaria, que tiene lugar cuando se ha cometido un delito por parte de los servidores de la Administración. Se excluyen las faltas.

No comparto la crítica de Yzquierdo Tolsada⁷⁵, para quien no resulta comprensible este distinto tratamiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos en que haya delito y en los que no lo haya. Me parece lógico que el funcionario público, como el empleado, respondan personalmente de los daños ocasionados con la comisión de un delito; reconozco que las razones de la responsabilidad civil no consisten ni pueden consistir en la imposición de una pena añadida a la que corresponde al delito, pero sí creo que, partiéndose como se parte de la existencia de dos regímenes distintos, la responsabilidad civil subsidiaria facilita a la víctima la cobertura de la solvencia del autor del daño, pero no hace entrar directamente a la Administración, cuando el funcionario que delinquirió es solvente, obligándole a ejercitar un derecho de regreso. Por tanto, también en este caso, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración funciona en relación de responsabilidad vicaria y para suplir las deficiencias del responsable directo.

⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA (1997), p. 311, donde afirma que «lo que nunca me ha convencido es que la responsabilidad de la Administración por el delito del funcionario tenga que ser subsidiaria, cuando en la legislación general es directa, y ello por razones idénticas a las apuntadas en sede de responsabilidad civil del empresario privado».

V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto y después de este análisis acerca de las razones que justifican la atribución a determinados sujetos de la obligación de responder frente a las víctimas por los daños que producen los agentes que tienen en su organización, creo que deben especificarse las conclusiones a que las anteriores reflexiones llevan.

En primer lugar, se ha tratado de demostrar que la responsabilidad no se atribuye a los empresarios ni a los titulares de los centros docentes por un hecho propio o una culpa estereotipada; la justificación en base a una generalización de un tipo especial de culpa propia ha perdido su vigencia. Y aunque no me incluyo en el grupo de juristas partidarios a ultranza de la objetivación de la responsabilidad civil, pienso que si en algún sector está justificada es precisamente en el campo económico de la empresa y de los centros docentes, que tienen un parecido muy notable, en el caso que no lo sean, con empresas docentes.

Lo anterior justifica que, dadas las contradicciones que sea cual sea la teoría que se acoja, provoca la interpretación conjunta de los artículos 1903 y 1904 CC, y dado que el artículo 3.1 CC obliga al intérprete a utilizar un método interpretativo que tenga en cuenta «la realidad social» del tiempo en que las normas deben ser aplicadas, se haya optado en este trabajo por calificar la responsabilidad civil que el artículo 1903 CC atribuye a los empresarios por el hecho de sus empleados, como responsabilidad vicaria, teniendo presente en todo caso que ello contradice lo dispuesto en el párrafo 6 del propio artículo 1903 CC. Es decir, ante la tensión entre este artículo 1903.6 CC y el artículo 1904 CC, se ha optado por primar éste último, dado que la jurisprudencia ha dificultado de tal modo la prueba de la diligencia cuando el empresario pretende exonerarse de la obligación de resarcir, que ha quedado como una norma cuasi obsoleta, con lo que deben primar las consecuencias que derivan del reconocimiento legal del derecho de repetición.

La misma razón se encuentra en la responsabilidad del titular del centro docente por el hecho de sus profesores, que debe calificarse también como responsabilidad vicaria, a semejanza de la del empresario y, en todo caso, incluida en ella, por mucho que el derecho a repetir sólo pueda ejercitarse en el supuesto en que éste haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones.

Y también se encuentran los mismos argumentos para justificar la calificación como vicaria de la responsabilidad civil subsidiaria de los empresarios, titulares de centros docentes por el hecho delictivo de los alumnos menores de edad y la Administración pública por los delitos dolosos o culposos de sus funcionarios. Las razones son claras, porque aquí se responde abiertamente por un hecho cometido por otro, que previamente habrá sido declarado culpable por un tribunal penal; se sustituye su obligación de responder, reforzando la solvencia frente a la víctima,

y aplicándose en todo caso el derecho de regreso, de acuerdo también con lo dispuesto en el artículo 1904 CC.

Quedan únicamente al margen los casos en que el titular del centro docente responde frente a terceros de los daños causados por sus alumnos; pienso que en este caso nos encontramos ante una culpa propia, que excluye la posibilidad de repetir.

Lo anterior lleva a una nueva conclusión: no existe solidaridad entre responsable y agente del daño. La víctima no puede elegir entre uno u otro deudor, porque cada uno responde por una razón distinta. Y por ello, el artículo 1904 CC no puede ser considerado como una aplicación mimética del artículo 1145.2 CC, por lo que sus razones no se reproducen en las explicaciones del artículo 1904 CC. El empresario y el titular del centro no pagan una deuda propia, sino ajena; sustituyen al deudor. Si fuesen deudores solidarios con el causante del daño, estarían también pagando aquello que les corresponde en sede de relaciones internas. Por esta razón, no debe plantearse la duda acerca de cuál debe ser la cuantía a reclamar al agente del daño: aquello en que el daño consistió.

La anterior reflexión lleva a efectuar una nueva excepción en el caso de la responsabilidad de las Administraciones públicas. La facultad de moderar la cantidad implica que exista una situación parecida a la que ponen de relieve Salmond & Heuston en relación al derecho inglés: el empleado causante del daño está obligado a indemnizar a su patrón, declarado responsable de este mismo daño⁷⁶. Por tanto, pienso que la Administración responde por una deuda propia, dado que el régimen de la objetividad hace difícil un argumento contrario; pero que se convierte en sujeto activo de un nuevo derecho a ser indemnizada cuando los agentes y funcionarios públicos actuaron con dolo, culpa o negligencia graves. Por tanto, propongo que el derecho establecido en el artículo 145.2 LRJAP no sea considerado como un propio derecho de regreso, sino que sea concebido con autonomía propia, que lo distinguirá de la simple reclamación de reembolso, argumento que tiene su base en la necesidad de ponderar los elementos introducidos en el artículo 145.2,2 LRJAP.

Finalmente, las características que aquí se han predicado del derecho de regreso deberían llevar a reflexionar de nuevo sobre el significado del artículo 43 LCS; es cierto que impide al asegurador subrogarse en las acciones del asegurado cuando se trate de siniestros ejecutados por personas «cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado»⁷⁷. Esta norma tiene su base en la teoría clásica de la existencia de culpa en la actividad de quien responde por hechos ajenos, pues,

⁷⁶ SALMOND & HEUSTON (1987), p. 502.

⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO (1984), considera que esta exclusión de la subrogación del asegurador se produce porque «si la ley impone al asegurado una responsabilidad —que según ha reiterado la jurisprudencia al interpretar el artículo 1903 CC, la responsabilidad de los padres, tutores o empresarios por los hechos de las personas que de ellos dependen no es subsidiaria sino directa—, resulta impensable que surja en el patrimonio del asegurado un crédito contra sí mismo».

¿cómo puede uno reclamarse contra sí mismo? Pero si concebimos esta responsabilidad como vicaria, podemos llegar a la conclusión que se trata de una clara responsabilidad por hecho ajeno, que no encontraría dificultades en el ejercicio por el asegurador por la vía de la subrogación. Evidentemente, esta es una propuesta de *lege ferenda*, pero que encuentra un punto de apoyo muy claro en lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, que permite al asegurador de un vehículo a motor repetir contra el causante del daño, «en cualquier otro supuesto en que también pudiera proceder tal repetición de acuerdo con las leyes». Y ello ocurre en los casos del derecho de regreso que he estado estudiando hasta aquí. Evidentemente, la ley citada es especial y sólo se aplicará en el supuesto en ella previsto, es decir, los daños causados en la circulación de vehículos a motor; pero creo interpretarla correctamente si digo que rompe el principio general establecido en el artículo 43 LCS y que esta puede ser una vía de no retorno. Hay que tener en cuenta que incluimos aquí los supuestos previstos en el artículo 120.5.º CP. Pero además existe aun una nueva excepción, contenida en el párrafo 3 del artículo 43 LCS, que establece que la norma que prohíbe la subrogación, «no tendrá efecto si la responsabilidad está amparada mediante un contrato de seguro», lo que significa que si el auténtico autor del daño está a su vez asegurado, el asegurador del empresario que pagó por el hecho de uno de sus dependientes podrá repetir contra éste, subrogándose en el lugar del propio empresario en el ejercicio de la acción del artículo 1904 CC.

En cualquier caso, una política de este tipo podría incentivar una mayor precaución en el ejercicio de determinadas actividades.

BIBLIOGRAFÍA

Se incluye a continuación la lista de las obras citadas en las notas de este trabajo.

BARCELÓ DOMÉNECH: *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*. Madrid, 1995.

BLASCO ESTEVE: «La responsabilidad de la Administración» en Santamaría y otros. *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*. Madrid, 1993.

CASTRO: *Derecho civil de España*. T. II. Madrid, 1952. Reimpresión 1984.

CAVANILLAS MÚGICA: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*. Pamplona, 1987.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ: *Derecho de daños*. Barcelona, 1997.

DE ÁNGEL YAGÜEZ: Comentario a los artículos 1903 y 1904 en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. T. II. Madrid, 1991

—*Tratado de Responsabilidad Civil*. Deusto-Madrid, 1993.

DÍAZ ALABART: «Notas a la responsabilidad de los profesores en la nueva Ley de 7 de enero de 1991». *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12. 1991, p. 439.

- DÍEZ PICAZO: Comentario al artículo 1968 CC en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código civil*. T. II. Madrid, 1991, p. 2.165.
- Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid, 1996. 5.ª edición.
- DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*. T. II. 7.ª edición Madrid, 1995.
- GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. 4.ª edición 1993, reimpresión, 1994.
- GÓMEZ CALLE: «Responsabilidad civil extracontractual. Reforma de los Códigos Civil y Penal en materia de responsabilidad civil del profesorado. Ley 1/1991, de 7 de enero. «BOE» de 8 de enero». *ADC*, 1991, p. 269.
- La responsabilidad civil de los padres*. Madrid, 1992.
- GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho Civil*. Madrid, 1968.
- HEUSTON, R. F. AND BUCKLEY, R. A.: *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. 9.ª edición Londres, 1987.
- LACRUZ BERDEJO en Lacruz, Sancho, Delgado, Rivero. *Elementos de Derecho Civil II*. Derecho de obligaciones. Vol. 1.º, 2.ª edición Barcelona, 1985.
- MARTÍN REBOLLO: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica». *Documentación administrativa*, núms. 237-238. 1994. p. 11.
- MORENO MARTÍNEZ: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*. Madrid, 1996.
- PANTALEÓN: Comentario a la STS de 8 de febrero de 1983. *CCJC*, núm. 2, 1983, p. 405.
- Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1984. *CCJC*, núm. 6, 1984, p. 1.979.
- Comentario al artículo 1902 CC en Ministerio de Justicia. *Comentario del Código Civil*. cit. T. II, p. 1.971.
- PARADA: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 2 de noviembre)*. Madrid, 1993.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II, vol. III. Barcelona, 1983.
- ROCA TRIAS: *Derecho de daños*. Valencia, 1996.
- RUBIO TORRANO: «Ley 1/1991, de 7 de enero, de Modificación en Materia de Responsabilidad Civil del Profesorado», en Bercovitz (coord.). *Comentarios a las reformas del Código Civil*. Madrid, 1993, pág. 917.
- SÁNCHEZ CALERO: Comentario al artículo 43 LCS en *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil*. T. XXIV, vol. 1. Madrid, 1984.
- SANTOS BRIZ: Comentario a los artículos 1903 y 1904 CC en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. T. XXIV. Madrid, 1984.
- YZQUIERDO TOLSADA: *Aspectos civiles del nuevo Código Penal (Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de Familia y otros extremos)*. Madrid, 1997.
- ZELAYA ETCHEGARAY: «La nueva responsabilidad civil de los centros docentes en el Código Civil español». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16, 1993, p. 87.
- La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente. Naturaleza y requisitos*. Pamplona, 1995.

