

# La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones (\*)

ORENCIO V. TORRALBA SORIANO  
Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECEDENTES HISTÓRICOS: A) Derecho romano. B) Derecho medieval.—III. LA CUESTIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS MODERNOS: A) Legislaciones extranjeras. B) Análisis del problema en nuestro Derecho: *a)* Supuestos específicos de responsabilidad por los auxiliares. *b)* Ensayo de una fundamentación general.—IV. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUXILIAR DEL DEUDOR: A) La relación entre deudor y auxiliar: *a)* La intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor. *b)* La cuestión de la dependencia del auxiliar respecto del deudor: auxiliares y sustitutos. *c)* Ambito del concepto de auxiliar en materia contractual y extracontractual. *d)* El problema de la culpa de los auxiliares. *e)* Los daños ocasionales. *f)* Cláusulas de exoneración de responsabilidad. B) La relación entre acreedor y auxiliar

## I. INTRODUCCION

La cuestión que aquí se va a abordar, la de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación, se caracteriza por tratarse de un tema que podríamos calificar de subordinado, en el sentido de que la solución que al mismo se dé depende de unas premisas previas y concretamente de los principios generales que se consideren vigentes en materia de responsabilidad del deudor. Según tales principios la responsabilidad del deudor por sus auxiliares tendrá un fundamento u otro, se admitirá con mayor o menor amplitud y presentará, por consiguiente, unos u otros contornos. Dadas dichas circunstancias cuya evidencia veremos más adelante parece que se trata de un problema secundario, ya que bastaría fijar la normativa general sobre la responsabilidad del deudor y después sería fácil sacar las conclusiones respecto del supuesto concreto de responsabilidad por los auxiliares. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla y su mayor interés se centra, sin duda, en el hecho de que el análisis del problema

---

(\*) Este estudio, que constituyó mi lección magistral en las oposiciones a las Agregaciones de Derecho civil que se celebraron en marzo de 1970, se realizó con la ayuda de una beca de la «FUNDACION MARCH», la cual me permitió trabajar en Munich bajo la dirección del Profesor KARL LARENZ, a quien agradezco su ayuda y consejos.

de la responsabilidad por los auxiliares arroja luz sobre los principios generales que se estiman vigentes y se consideran como los pilares sobre los que se construye toda la teoría de la responsabilidad del deudor, mostrando que las necesidades prácticas de la vida moderna exigen soluciones distintas de las que se desprenden de tales principios. En este punto radica la fecundidad e interés del tema, ya que el mismo permite realizar esa función que CARDOZO ha llamado control continuo o puesta a prueba del sistema conceptual con la justicia y de ésta con el sistema (1).

Esta subordinación del tema a los principios fundamentales que rigen en materia de responsabilidad contractual, se observa en la evolución sufrida por el fundamento mismo que en las distintas épocas se ha querido dar a la responsabilidad por los auxiliares. Recuerda en este sentido Díez-PICAZO que «la doctrina tradicional se inclinaba por admitir únicamente la responsabilidad del deudor cuando él hubiera incurrido en culpa al elegir su auxiliar (culpa in eligendo) o cuando hubiere sido negligente al vigilarlo (culpa in vigilando). La doctrina moderna, sin embargo, con más acierto, se inclina por admitir la responsabilidad del deudor por la culpa de sus auxiliares» (2). Se observa, por tanto, una basculación en la doctrina desde una línea subjetivista, que sólo admite la responsabilidad en el supuesto de que haya mediado culpa, hacía un planteamiento más realista y más concorde con la economía moderna que desemboca en una responsabilidad objetiva (3). Lo cual no significa un abandono total del sistema de la responsabilidad por culpa, ya que como dice el profesor COSSÍO, refiriéndose a la responsabilidad extra-contractual, «la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de la distribución de los riesgos, de las consecuencias económicas derivadas de un hecho determinado, y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo esta distribución de una manera justa» (4).

(1) CARDOZO, *Il giudice e il Diritto*. Traducción italiana de VINCENZO GUELI Florencia 1961, pág. 20.

(2) Díez-PICAZO, *Lecciones de Derecho civil*, vol. II. Madrid 1965, páginas 388 y 389.

(3) Nuestra doctrina en general sigue en materia de responsabilidad contractual una orientación subjetivista, así CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. T. III. *Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*. 10.<sup>a</sup> ed. Madrid 1967, págs. 189 y ss. ALBADALEJO, *Instituciones de Derecho civil*. T. I. *Parte general y Derecho de Obligaciones*. Barcelona 1960, págs. 564 y ss. ESPIN, *Manual de Derecho civil español*. Vol. III. *Obligaciones y contratos*. 3.<sup>a</sup> ed. Madrid 1970, págs. 182 y ss. Ciertas matizaciones al respecto se encuentran en la obra de PUIG BRÜTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. T. I. Vol. II. *Derecho general de las Obligaciones*. Barcelona 1959; págs. 417 y ss. Un análisis de la doctrina de estos autores y un nuevo planteamiento del problema se encuentra en la obra del profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. Vol. I. *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*. Madrid 1970, págs. 694 y siguientes.

(4) COSSÍO, A., *La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho*.

Lo cierto es que la polémica acerca de los fundamentos subjetivos u objetivos de la responsabilidad ha encontrado su sede preferida en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo —señala ARANCIO RUIZ— no faltan en materia contractual tentativas de rebelión contra los criterios de la responsabilidad subjetiva, que dejan a los deudores demasiadas puertas de escapatoria (5). Sin duda, que uno de los temas donde se descubre con mayor claridad la existencia de las puertas de escapatoria que la doctrinal de la responsabilidad subjetiva deja a los deudores es en el de la responsabilidad contractual por los auxiliares. En efecto, según tal doctrina, el deudor que no haya incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando* no será responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Consecuencia injusta para el acreedor, pues como dice LARENZ «si esta posibilidad (la de utilizar auxiliares) no supusiese una ampliación de su esfera de responsabilidad (la del deudor) estaríamos ante un empeoramiento de la posición del acreedor, ya que tal vez éste no pueda obtener indemnización de la persona del auxiliar, aparte de que el mismo auxiliar no se le opone en concepto de deudor, y por ello sólo respondería cuando su falta supusiese un «acto ilícito». Cuantas más personas auxiliares contraten, por ejemplo, un comerciante, un artesano o un empresario y cuanto menos cooperen personalmente en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor sería la perspectiva del cliente para obtener una indemnización en el caso de realización imperfecta de lo convenido, si el empresario hubiese de responder sólo por su propia culpa, y no también por la de sus auxiliares» (6). Por consiguiente, las exigencias modernas desbordan, en el campo concreto de la responsabilidad contractual por los auxiliares, la tesis subjetiva y muestran que el deudor ha de ser responsable del incumplimiento aun en el supuesto de que él personalmente no hubiera incurrido en culpa, *in eligendo* o *in vigilando*. Por ello, no es extraño que la doctrina extranjera se haya preocupado desde hace ya bastante tiempo, en algunos países desde el siglo XIX, de encontrar una justificación a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares más allá de los estrechos límites de dicha culpa *in eligendo* o *in vigilando* (7). Viéndose impul-

---

español. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. 1966. T. XIX. Fás. III, pág. 528. En el mismo sentido, CARBONE, V.: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Napoli 1969, págs. 136 y ss.

(5) ARANCIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in Diritto romano*. Reimpresión de la 2.<sup>a</sup> ed. Napoli 1958, pág. 7.

(6) LARENZ, K., *Derecho de Obligaciones*. T. I., traducción y notas de SANTOS BRIZ, págs. 293 y 294.

(7) Cfr. al respecto, FERRARA, F., *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*. Scritti Giuridici. T. II. Milano 1954, págs. 63 y ss. Este trabajo salió a la luz por primera vez en el «Archivio Giuridico Serafini», Nuova Serie. Vol. XI (LXX de la colección completa), 1903, págs. 401 y ss. Las citas sucesivas se harán con referencia a los «Scritti Giuridici», BECQUE, *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. Revue Trimestrielle de Droit civil. T. XIII, 1914, páginas 251 y ss. La literatura alemana al respecto es muy abundante, baste recordar

sada en esta labor por las exigencias de la economía moderna, como pone de manifiesto la afirmación de ESSER de que la responsabilidad del deudor por sus auxiliares no puede basarse en la «*culpa in eligendo vel custodiando*», ya que un tal fundamento no resultaría adecuado en una economía como la actual, basada en grandes empresas en las cuales el empresario-deudor no tiene una influencia directa en la realización del trabajo. El fundamento —dice— se encuentra en la protección de la confianza (8). En consecuencia, es necesario revisar la doctrina y ensayar una fundamentación, sobre bases objetivas, de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. Esta es la labor que se va a intentar en las líneas sucesivas, analizando el problema no sólo a la luz de la evolución histórica y de las doctrinas extranjeras; sino especialmente en nuestro Derecho positivo que es, en definitiva, lo que nos interesa primariamente.

## II. PRECEDENTES HISTORICOS

A) *Derecho romano*.—La polémica sobre si en Derecho romano se llegó a admitir una responsabilidad contractual por los auxiliares ha sido muy viva y pueden señalarse nombres de autores que se oponen mientras que otros afirman que, dentro de límites muy estrechos, llegó el Derecho romano a admitir la responsabilidad contractual por los auxiliares (9). Sin embargo, tal vez lo adecuado no sea admitir o

---

los trabajos de NUSSBAUM, A., *Haftung für Hilfspersonen nach 278 B.G.B. in Vergleichung mit dem gemeinen und Landesrecht*. Berlín 1898. HOFFMANN, R., *Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach 278 B.G.B.* Halle 1902. SCHNEIDER, *Der Begriff der Erfüllungshandlungen nach/278 B.G.B.* Ihering Jahrbücher, número 53, 1908, págs. 1 y ss. JOSEF, *Zur Umwendung des/278 B.G.B. auf die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers*. Iherings Jahrbücher, núm. 55, 1909, páginas 260 y ss. BRODMANN, *Die Haftung des Schuldners nach/278 B.G.B. insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers*. Ihering Jahrbücher, núm. 58, 1911, páginas 187 y ss. KRÜCKMANN, *Pflichterfüllung und Rechtsausübung*. Iherings Jahrbücher, núm. 65, 1915, págs. 209 y ss. ZUNFT, F., *Erfüllungsgehilfen und Vertrag zugunsten Dritter im Mietrecht*. Archiv für die Zivilistische Praxis, 153 Band, 1954, páginas 373 y ss. KLEINDIENST, B., *Zur Bedeutung des/278 bei mitwirkendem Verschulden*. Juristenzeitung, 1957, págs. 457 y ss. KLEINDIENST, B., *Die entsprechende Anwendung des/278 B.G.B. bei mitwirkenden Verschulden*. Neue Juristische Wochenschrift, 1960, págs. 2028 y ss. HEISEKE, J., *Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis und/278 B.G.B.* Monatschrift für Deutsches Recht., 1961, páginas 461 y ss., etc. Un análisis detenido y actual del problema de la responsabilidad por los auxiliares se encuentra en la obra de VISINTINI, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padova, 1965.

(8) ESSER, *Schuldrecht*. T. I. *Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed. Karlsruhe 1968. página 254. En nuestra doctrina GARCÍA AMIGO ha señalado que «el acto del cumplimiento de la obligación del principal por parte del dependiente se mueve siempre en el ámbito económico dirigido por el empresario, y por tanto, es consecuente que le sean atribuidas las consecuencias patrimoniales de tal acto». (*Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid 1965, pág. 151.)

(9) Señala FERRARA que GOLDSCHMIDT, WYSZ y WINDSCHEID niegan la responsabilidad por el hecho de otro en Derecho romano, mientras que RANG, LEONHARD y DERNBURG la admiten dentro de ciertos límites. (Op. cit., pág. 39.)

negar en términos generales tal responsabilidad en Derecho romano. Como siempre sucede en las ciencias jurídicas no es posible hacer afirmaciones rotundas, sino sólo señalar tendencias, matices. Así parece que puede afirmarse que no llegó el Derecho romano a sentar un principio general de responsabilidad por los auxiliares; lo cual no significa que tal responsabilidad no se exigiera en determinados supuestos concretos. Dice al respecto FERRARA que, según el estado del Derecho romano clásico, la responsabilidad por los auxiliares se exigió en el caso del «receptum», en el de la relación «institoria», si bien indirectamente bajo la forma de una garantía legal impuesta al «dominus» en razón del empleo de encargados y en la «locatio conductio operis» (10).

No parece necesario hacer aquí un estudio detallado de los textos romanos, pues no es ésta la finalidad de este trabajo, por lo demás un análisis cuidado del problema en el Derecho romano se encuentra en el estudio de FERRARA citado. Será pues suficiente con que nos limitemos a hacer algunas observaciones en relación con ciertos fragmentos concretos en los que los autores encuentran una responsabilidad por los auxiliares. Uno de estos fragmentos es el Digesto 19, 2, 25, 7 (11). Respecto al cual señala FERRARA, después de un análisis minucioso de las posibles interpretaciones, que no hay más remedio que entender que el principal está obligado al resarcimiento también cuando sólo los auxiliares son culpables (12). Asimismo es de interés el D. 19, 2, 13, 5 (13) en el que se ha estimado que aparece una afirmación indirecta de responsabilidad por los auxiliares en la *locatio-conductio operis*, pues en el texto no se distingue si es el principal o un ayudante el que causa el daño (14). Refiriéndose a la «*locatio-conductio operis*», señala el profesor ALVARO D'ORS que, si se había entregado al *conductor* una cosa mueble, éste respondía por custodia, responsabilidad que comprendía «el deterioro causado por la impericia propia o de los auxiliares» (15).

Un caso de responsabilidad por los auxiliares aparece en el «receptum» (D. 4, 9, 1). Parece que en un principio la responsabilidad

(10) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 43 y 44. BECQUE ha señalado que no es posible conducir tales casos aislados a un principio único, ya que ello implicaría una alteración del sentido natural de los textos. (*Loc. cit.*, pág. 270.)

(11) En el texto indicado se dice: «Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestet, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idem scilicet intelligemus, et si dolia vel tignum transportandum aliquis coduxerit. Idemque etiam ad caeteras res transferri potest».

(12) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 40.

(13) «Si gemma includenda aut insculpanda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit. Huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio» (D.19.2.13/5).

(14) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 41.

(15) D'ORS, A., *Derecho privado romano*. Pamplona 1968, pág. 475.

por «receptum» no surgía del simple contrato, sino de una especial asunción de responsabilidad, por ello, se ha deducido que tal caso de custodia no era legal sino convencional. Sin embargo, en tiempo de Paulo, del equipaje y de las provisiones se responde porque representan un accesorio de la *locatio*. Razonamiento que presupone que la obligación de custodia era ya en esta época, consecuencia natural del contrato (16).

Lo cierto es que en determinados textos aparecen manifestaciones de responsabilidad por los auxiliares, la cual fue reconocida en el antiguo Derecho romano y se mantuvo en el Derecho clásico cubierta bajo la capa de la culpa (17). Con esto ya entramos en el problema fundamental que plantea el tema, el de si el deudor responde por los auxiliares sólo cuando él mismo ha incurrido en culpa o también cuando no exista tal culpa, es decir, por el hecho objetivo de utilizar al auxiliar causante del incumplimiento. Estamos pues, situados ante los fundamentos mismos de la responsabilidad del deudor, fundamentos que pueden oscilar del objetivismo al subjetivismo, oscilación que produjo en la misma Historia del Derecho romano, pues como señala ARANGIO RUIZ mientras el pensamiento justiniano aparecerá dominado por una valoración subjetiva del comportamiento del deudor y sobre todo por el concepto de la culpa como límite y fundamento normal de la responsabilidad, los juristas clásicos reducían al mínimo la consideración del estado de ánimo del deudor, para imponerle en determinados casos un cierto riesgo dentro de los límites en los que él esté obligado a responder (18).

B) *Derecho medieval*.—Dentro de este período hay que distinguir la época anterior a la recepción del Derecho romano de la posterior. En la época anterior, el Derecho germánico reconocía en varios casos la responsabilidad objetiva por hecho de otro. Así el dueño debía responder del daño causado por su siervo, el que acogía a un extraño en casa del daño que éste causaba, etc. (19).

La recepción del Derecho romano iba a suponer una gran alteración en el sistema anterior. A partir de tal momento van a surgir dos corrientes distintas. Una, la que sigue el Derecho romano puro, no admitirá una responsabilidad que no esté fundada en la culpa, así BALDO, DONELLO y FABRO. La otra por el contrario, inspirada en las necesidades de la práctica y en las costumbres, admite en ciertos casos una responsabilidad incondicionada por razón de los auxiliares. Siguen

---

(16) ARANGIO-RUIZ, V., *Op. cit.*, págs. 105 y ss. En el mismo sentido señala el profesor D'ORS que originariamente el *receptum* se refería tan sólo a los accesorios introducidos en la nave o en el hospedaje que no eran propiamente objeto del contrato. Sólo una evolución jurisprudencial posterior implicó, en la misma responsabilidad contractual, la *custodia* de estos efectos accesorios, sin necesidad de expreso *receptum*. (*Op. cit.*, págs. 476 y 477.)

(17) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 53 y 54.

(18) ARANGIO-RUIZ, V., *Op. cit.*, pág. 6.

(19) Cfr. FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 55 y ss. BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 271.

esta última orientación BARTOLO, ZASIO, SOCINO y CARAVITA. Parece que la segunda doctrina fue la que obtuvo más predicamento y algunos autores que, en principio, sólo admitían la responsabilidad basada en la culpa, introducían excepciones muy amplias de modo que se alejaban del principio de la culpa (20). Por todo ello, puede concluirse que el Derecho medieval conserva el principio de la responsabilidad absoluta, profundamente radicado en la conciencia jurídica; siendo sólo los intérpretes rigurosos del Derecho romano los que mantienen la idea de la culpa, entrando en contradicción con los sentimientos de la vida comercial (21).

### III. LA CUESTION EN LOS ORDENAMIENTOS MODERNOS

A) *Legislaciones extranjeras.*—En los países del *Common law* la responsabilidad por el hecho de los auxiliares se acepta basándola en el principio «qui facit per alium, facit per se» o «respondeat superior» (22). Conviene tener en cuenta que el referido principio parece más racional aplicado a la responsabilidad contractual que a la extracontractual, baste recordar al respecto las siguientes palabras de BRAMWELL: «Por mi parte, no he llegado nunca a comprender porqué debe ser esa la regla de derecho, porqué un hombre deba ser responsable de la culpa de sus dependientes sin que preexista una relación entre él y el perjudicado» (23). Por otra parte, en el Derecho anglosajón juega en materia contractual la idea de una garantía del cumplimiento total y oportuno de la obligación, garantía que sólo se limita en ciertos casos excepcionales (24).

En los países del continente europeo la responsabilidad del deudor que no había incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*, por el incumplimiento causado por sus auxiliares se ha ido abriendo paso fatigosamente, pero actualmente son ya varios los países en los que se contienen reglas expresas en virtud de las cuales el deudor responde

(20) En tal sentido IPPOLITO BONACOSSA, citado por FERRARA, *Loc. cit.*, página 57.

(21) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 59. MATEAUD y TUNC, después de afirmar que el Derecho romano conocía algunos casos de responsabilidad contractual por el hecho ajeno, los cuales fueron el origen del artículo 1.384-5.º del Código civil francés, mostrando la confusión entre la esfera contractual y delictual, señalan que «no hay que buscar en el antiguo Derecho francés reglas de conjunto que consagren el principio de una responsabilidad contractual por otro». (*Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.*) T. I. Vol. II, traducción al castellano de ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Buenos Aires 1962, página 694.

(22) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 60 y 61. BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 271. Sobre la crítica que los juristas del «*common law*» hacen a tal principio, vid. TRIMARCHI P., *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano 1961, pág. 69.

(23) Cita de TRIMARCHI, *Loc. cit.*, pág. 69.

(24) LARENZ, *Op. y loc. citados*, págs. 282 y ss.

del incumplimiento de sus auxiliares con independencia de que ellos mismos hubieran incurrido en culpa.

El país donde primero se planteó el problema fue sin duda Alemania, donde las exigencias de la práctica se impusieron sobre las formulaciones de la doctrina en las que la teoría de la culpa ejercía su imperio. En efecto, la jurisprudencia, dando satisfacción a las referidas exigencias prácticas, fue reconociendo la responsabilidad incondicionada del deudor por el hecho de los auxiliares. Las primeras decisiones se referían a los ferrocarriles y a las grandes empresas de transporte, donde aparecía con mayor fuerza la necesidad de proteger al público (25). Esta corriente se proyectó en la legislación, en primer lugar en el Código de comercio alemán de 1861 que establece en el artículo 400 la responsabilidad de los transportistas por sus agentes y las otras personas de que se sirviera para efectuar el transporte, con teniendo normas semejantes para el transporte marítimo. No obstante, la cuestión general de la responsabilidad por los auxiliares fue vivamente discutida en el año 1884 en el XVII Congreso de juristas alemanes. La mayor parte de las propuestas presentadas se inclinaban en el sentido de establecer la responsabilidad por los auxiliares, incluso no existiendo culpa del deudor. Sin embargo, el profesor LEONHARD mantenía en principio la necesidad de una falta personal para que fuera procedente la responsabilidad. No obstante, su opinión no prevaleció y se votó el siguiente texto: «In obligatorischen Verhältnissen haftet der Arbeitgeber für jedes von seinen Arbeitern in Ausführung der ihnen übertragenen Verrichtungen begangene Verschulden». (En las relaciones obligatorias, el empresario responde de toda falta cometida por sus agentes en las funciones que les han sido confiadas.) (26) Lo cierto es que, el principio de la responsabilidad del deudor por culpa de sus agentes aparece formulado con alcance general en el párrafo 278 del B. G. B. (27).

La responsabilidad por los auxiliares se ha ido introduciendo en otros ordenamientos, así en Suiza apareció ya formulada en el artículo 115 del Código federal suizo de las obligaciones de 1881 y ac-

---

(25) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 61 y 62.

(26) Cfr. *Verhandlungen des XVII ten deutschen Juristentags*. T. I., páginas 46, 125, 337 y 357, nota 2.<sup>a</sup>; T. II, págs. 86 y 281. Citado por BECQUE, *Loc. cit.*, página 274.

(27) El párrafo 278 dispone: «Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des 276 Abs. findet keine Anwendung». MELON INFANTE traduce el precepto de la siguiente manera: «El deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de su representante legal y de la de las personas de que se sirve para el cumplimiento de su obligación No se aplica la disposición del párrafo 276, párrafo 2.<sup>o</sup>». (*Código civil alemán B.G.B.*) Barcelona 1955, pág. 59.



tualmente se encuentra establecida en el artículo 101 del Código de 1912 (28).

En el Código italiano de 1865 no existía una norma específica al respecto, por ello, FERRARA trató de solucionar la cuestión recurriendo a un principio general que dedujo del artículo 1.225 de aquel Código, que hacía responsable al deudor del incumplimiento o del retardo si no demostraba que se debían a una causa extraña que no le era imputable. Lo cual le llevaba a estimar que el hecho de los auxiliares era una causa «no extraña al deudor y por ello no lo liberaba de responsabilidad» (29). En el Código actual el problema está claramente resuelto en tanto en cuanto que existe un precepto específico al respecto (30).

El Código portugués de 1967, en su artículo 800, mostrando claras influencias del parágrafo 278 del B. G. B., establece la responsabilidad del deudor por los actos de sus representantes legales y auxiliares (31).

El Código francés no contiene una norma específica al respecto. Por ello, se recurre para explicar la responsabilidad por los auxiliares a principios y normas generales. Los dos preceptos a que se suele hacer referencia con más frecuencia son el 1.245 y el 1.147. En particular, este último, que exige para que el deudor sea liberado la prueba de «une cause étranger», es tenido en cuenta por BECQUE, que considera que el hecho de servirse de auxiliares constituye un hecho propio del deudor, no «une cause étranger» (32). HENRI y LEÓN MAZEAU recurren a la idea de representación y TUNC establece una serie de distinciones (33).

De todo lo anterior se deduce que la idea de que el deudor respon-

(28) El citado precepto del Código suizo establece que «Celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des employés, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'ils causent dans l'accomplissement de leur travail. Une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires. Si le créancier est au service du débiteur, ou, si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère». Un estudio de este precepto puede verse en VON TUHR, *Tratado de las obligaciones* Traducción de ROCES. T. II, 1.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1934, págs. 101 y ss.

(29) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 117.

(30) El artículo 1.228 del Código italiano actual dispone que «salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro».

(31) Dice el artículo 800 del Código portugués que «1. O devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais actos fossem practicados pelo próprio devedor. 2. A responsabilidade pode ser convencionalmente excluída ou limitada, mediante acordo prévio dos interessados, desde que a exclusão ou limitação não compreenda actos que representem a violação de deveres impostos por normas de ordem pública».

(32) BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 286.

(33) MAZEAU-TUNC, *Op. y loc. citados*, págs. 700 y ss.

de por los auxiliares se va abriendo paso en las distintas legislaciones, lo cual demuestra que responde a una necesidad práctica. Por ello, parece necesario, incluso urgente, plantearse el problema en nuestro Derecho.

B) *Análisis del problema en nuestro Derecho.*—En nuestro Código civil existen algunos preceptos en los que se establece la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en supuestos concretos y específicos, pero no contiene una norma general al respecto, por lo cual se plantea la necesidad de determinar si dentro del mismo puede hallarse o no un fundamento general a la responsabilidad del deudor por sus auxiliares. El problema se agrava cuando se piensa que nuestra doctrina tradicional, como se ha visto anteriormente, sólo hace responsable al deudor en el supuesto de que el incumplimiento haya sido culpable, doctrina que trasladada a la materia aquí tratada implica que el deudor sólo responderá del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares cuando haya incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*. Dado que esta solución, como se ha señalado antes, no es satisfactoria para las exigencias que plantea la vida moderna, es evidente que se hace necesario tratar de encontrar dentro de nuestro Código el fundamento, si es que existe, para hacer responsable al deudor del incumplimiento de sus auxiliares, aun cuando el mismo deudor no haya incurrido en culpa. Es necesario pues revisar la doctrina que interpreta al Código entendiendo que el deudor sólo responde cuando haya incurrido en culpa. Una manera de realizar tal revisión es precisamente la de encontrar la solución al problema que para el tráfico moderno supone la intervención de auxiliares y la responsabilidad del deudor por los que emplee en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero antes de entrar en la cuestión de la fundamentación con carácter general de la responsabilidad del deudor por los auxiliares en nuestro Derecho, conviene hacer referencia a las normas que en el Código civil regulan casos concretos.

a) *Supuestos específicos de responsabilidad por los auxiliares:*

1. Los artículos 1.783 y 1.784 que establecen la responsabilidad de fondistas o mesoneros por los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto «por los criados o dependientes» como por los «extraños». En estos preceptos la responsabilidad de fondistas y mesoneros no se basa desde luego en la culpa y se limita a los daños en los efectos de los viajeros (33 bis).

2. Los artículos 1.601 y 1.602 respecto de los «conductores de efectos por tierra o por agua».

3. El artículo 1.596 dice que «el contratista es responsable del

---

(33 bis) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., págs. 698 y 699. En sentido contrario, SANTOS BRIZ, el cual estima que la responsabilidad del posadero, según el Código civil, se funda en la culpa, en cambio, la del art. 21 del Código penal no. (*La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Madrid, 1970. página 335.)

trabajo ejecutado por las personas que ocuparen la obra», sin entrar en la cuestión de si dicho contratista ha incurrido o no en culpa *in eligendo* o *in vigilando* (34).

4. El artículo 1.564 establece la responsabilidad del arrendatario por el «deterioro causado por las personas de su casa».

5. Cabría también tener en cuenta el artículo 1.721 del Código civil, pero el problema que plantea este precepto escapa en buena medida a la cuestión que aquí se trata. Además el mandatario sólo responde del sustituto cuando ha incurrido en culpa en su nombramiento por no estar autorizado para designarlo o por elegir a un incapaz o insolvente. Por el contrario, si la sustitución estaba autorizada, el mandatario quedaría desligado de la relación y ya no respondería de la actividad del sustituto que sería el nuevo mandatario. Por todo lo dicho se comprende que el problema planteado por tal precepto escapa al tema de los auxiliares (35). Cosa distinta es que el mandatario nombre no a una persona para que le sustituya, sino a un simple auxiliar, posibilidad que niega parte de la doctrina basándose en el «intuitu personae» que es elemento fundamental de la relación de mandato; pero que otro sector doctrinal —a nuestro juicio más acertadamente— estima posible siempre que no estuviera prohibido. En este caso consideran PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER que el mandatario respondería de los perjuicios causados por culpa de sus auxiliares (36).

Conviene también hacer referencia a una serie de artículos del Código de Comercio en los que también se establece una responsabilidad por los auxiliares, los artículos 285, 292-2.º, 293, 597 y 618. Del mismo modo hay que tener en cuenta el artículo 41 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957.

Llegados a este punto podemos hacernos una pregunta: ¿En nuestro Derecho sólo responde el deudor por los auxiliares en los casos señalados, es decir, cuando de manera excepcional así lo dispone la Ley, o por el contrario, tales supuestos son sólo especificaciones de una re-

---

(34) Un análisis de este precepto se encuentra en nuestro trabajo sobre «Los vicios del suelo: Reflexiones sobre el artículo 1591 del Código civil». Estudios de Derecho civil en honor del Prof. CASTÁN, vol. II. Pamplona 1969, páginas 607 y ss., también en Anuario de Derecho civil, 1970, fascículo I, páginas 137 y ss.

(35) Sobre el artículo 1.721, PORPETA CLERIGO, F., *Sustitución de poder* Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1943, año I, págs. 135 y ss. ROCA SASTRE y PUIG BRUTUAU, *La revocación y la sustitución del poder y del mandato*. Estudios de Derecho privado. T. I. Obligaciones y Contratos. Madrid 1948, págs. 434 y ss. SANPONS SALGADO, M., *El mandato*. Barcelona 1964, páginas 310 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*. T. IV. *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 9.ª ed. (reimpresión). Madrid 1969, págs. 487 y ss., etc.

(36) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones, vol. II. Doctrina especial*, 1.ª parte, 3.ª ed. Estudios de adaptación y comparación de FERRANDIS VILELLA. Barcelona 1966, pág. 601. SANPONS SALGADO, Op. cit., pág. 315.

gla más general que sin estar expresa en nuestro sistema aparece como latente en el mismo?

b) *Ensayo de una fundamentación general.*

La solución parece que se puede encontrar prosiguiendo nuestra indagación dentro del Código civil, pero ahora sobre preceptos en los que se regula la responsabilidad del deudor con una amplitud más general que en los examinados anteriormente, es decir, en preceptos de un alcance más general y abstracto. Para ello hay que ver las reglas de responsabilidad establecidas para cada tipo de obligación. Procediendo de tal manera encontramos lo siguiente:

1. Obligaciones genéricas.—En estas obligaciones juega la regla «*genus nunquam perit*» conforme a la cual la responsabilidad del deudor por la realización de la prestación es objetiva. Por consiguiente, en este supuesto, la responsabilidad por los auxiliares es evidente, ya que queda esta cuestión absorbida por la referida regla, que hay que entenderla en el sentido de que el género no perece nunca y, por tanto, tampoco cuando el perecimiento se deriva de la actividad de los auxiliares empleados por el deudor.

2. Específicas.—Según los artículos 1.182 y 1.183, el deudor sólo se libera probando el caso fortuito. Si la pérdida de la cosa se produce estando en poder del auxiliar del deudor, hay que entender que juega la presunción del artículo 1.183 y, en virtud de ello, el deudor responderá por sus auxiliares, salvo que el acto del auxiliar sea considerado como un caso fortuito. Pero tal consideración no parece posible ya que el artículo 1.105 del Código civil considera al caso fortuito como un «suceso que no hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable». Calificación ésta de «suceso» que parece hacer referencia a acontecimientos extraños al deudor, sin embargo, la actividad de sus auxiliares no es probable que pueda entenderse como acontecimiento o suceso extraño al deudor. Por consiguiente, no constituyendo un caso fortuito, que es lo único que libera al deudor, no cabe duda que éste deberá responder por sus auxiliares.

3. Obligaciones de hacer.—Dentro de estas hay que distinguir:

a) Si se trataba de un hacer personalísimo, el deudor no podría utilizar auxiliares o sólo en una medida tan insignificante que nunca su actividad podría ocasionar el incumplimiento. Por consiguiente, si no podía utilizar auxiliares y los utiliza respondería por culpa propia, aún en el caso de que el incumplimiento se deba directamente al auxiliar.

b) En el supuesto de no tratarse de un hacer personalísimo, el artículo 1.098 dice que «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa». Por consiguiente, se ejecutará a su costa con independencia de que el incumplimiento se deba directamente al propio deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar, e incluso con independencia de que el incumplimiento fuera o no cul-

pable, salvo que se debiera a caso fortuito, ya que el precepto dice que «se mandará ejecutar a su costa», pero no dice que se mandará ejecutar sólo cuando la no realización de la prestación fuera culpable. A parecidas conclusiones puede llegarse respecto de las obligaciones de no hacer con base en el artículo 1.099.

Después de analizadas las reglas anteriores puede llegarse a la conclusión de que el deudor es responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Lo que sucede es que los preceptos señalados se limitan a decir que el deudor debe realizar la prestación en favor del acreedor en todo caso, salvo los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. La responsabilidad que se agota en la satisfacción del interés del acreedor a la prestación no es culposa, en caso de no realización el deudor continuará obligado en forma específica o por equivalente, sólo la prueba del caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento le liberaría. Siendo esto así, es evidente que si la prestación no se ha realizado a causa de los auxiliares, y no constituyendo la intervención de estos un caso fortuito, el deudor continuará obligado a realizar la prestación a favor del acreedor.

El problema grave es el de conciliar la doctrina anterior con el artículo 1.101 y siguientes y sobre todo con la interpretación habitual que la doctrina suele dar a tales preceptos. En principio puede afirmarse que sólo la indemnización por los daños ulteriores tiene un fundamento legal en la culpa, no así la satisfacción del «*id quod interest*», que, como hemos dicho, es independiente de que el incumplimiento fuera o no culpable. Sin embargo algunos preceptos del Código parecen oponerse a esta interpretación, así el artículo 1.106 cuando dice que la indemnización de daños y perjuicios «comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido («*id quod interest*»), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (daños ulteriores)...». La solución parece que se encuentra en que este precepto se refiere al supuesto de que no sea posible el cumplimiento en forma específica, uniendo por ello la cuestión de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación con la de la indemnización de los daños ulteriores, pero sólo esta última encuentra su fundamento en la culpa. Que esto es así parece evidente si se tiene en cuenta el artículo 1.096-1.º del Código civil, según el cual «cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, *independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101*, puede compeler al deudor a que realice la entrega». Por consiguiente, la satisfacción del interés del acreedor a la prestación (compeler a la entrega) es independiente del derecho que al mismo acreedor le otorga el artículo 1.101. De ello resulta que el 1.101 al hablar de la indemnización de *daños y perjuicios*, se refiere sólo a los daños ulteriores, a lo que el artículo 1.106 llama «ganancia que haya dejado de obtener», es decir, a los daños derivados de la falta de cumplimiento puntual y apropiado de la prestación. Sólo para que haya lugar a la indemnización de los daños ulteriores

requiere el Código culpa del deudor. Pero incluso respecto de tales daños ulteriores cabe preguntarse si siempre se requiere culpa del deudor para que sean indemnizables. ¿Qué sucede cuando la culpa es de un auxiliar y el deudor no ha incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando*?, ¿responderá también el deudor de los daños ulteriores? Parece que hay que llegar a una solución afirmativa, ya que la culpa del auxiliar no puede considerarse como un acontecimiento externo al deudor, por el contrario, es algo que surge en el seno de su organización, le resulta pues imputable, no se puede calificar de «suceso» (caso fortuito) en el sentido del artículo 1.105.

#### IV. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE AUXILIAR DEL DEUDOR

La delimitación del concepto de auxiliares del deudor se ha de realizar en función de la actividad de cumplimiento de la obligación, se trata pues de un concepto muy concreto que es necesario fijar con todo cuidado. El problema es más delicado en nuestro Derecho en tanto en cuanto que, hasta ahora, el tema de la responsabilidad del deudor por el incumplimiento causado por sus auxiliares no ha sido tratado o, por lo menos, no ha sido abordado en toda su generalidad y amplitud. Es cierto que pueden encontrarse valiosas aportaciones doctrinales sobre el problema de los auxiliares, pero en ellas se enfocan y analizan cuestiones distintas de aquélla que a nosotros nos preocupa (37).

Interesando fijar el concepto de auxiliares en relación con el tema que aquí se trata puede partirse de una afirmación general, la de que lo son todas aquéllas que se emplean en el cumplimiento de la prestación prometida por el deudor. Sin embargo, como dice VISINTINI, tal afirmación debe limitarse desde los dos siguientes puntos de vista: 1) A la base de la intervención del auxiliar debe encontrarse la iniciativa del deudor, en el sentido de que éste haya puesto voluntariamente al auxiliar en condiciones de participar en la ejecución de la obligación. 2) Los auxiliares deben ser extraños al acreedor, no deben estar ligados de ninguna manera con él (38). Analizando con cierto detalle ambos puntos, los cuales se reducen al estudio de la relación existente entre deudor y auxiliares de una parte, y auxiliares y acree-

(37) Cabe destacar el estudio del profesor BORRAJO, *Los auxiliares del comerciantes en Derecho español*. Revista de Derecho mercantil, 1957, T. I, páginas 7 y ss.; y 245 y ss. También el del profesor MENÉNDEZ, A., *Auxiliares del empresario*. Revista de Derecho mercantil, 1959, págs. 269 y ss. En general sobre los auxiliares del comerciante puede consultarse la doctrina mercantil. En alguna medida incide sobre la cuestión de la responsabilidad contractual por los auxiliares, si bien el estudio tiene objeto y dimensiones distintas, el trabajo de SANTOS BRIZ, *La responsabilidad del fabricante frente a terceros en Derecho moderno*. Estudios de Derecho civil en honor del profesor CASTÁN, vol. II. Pamplona 1969, págs. 497 y ss.

(38) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 63 y 64.

dor de otra, pueden aclararse algunas cuestiones y perfilarse el concepto de *auxiliar en el cumplimiento* que aquí interesa.

#### A) LA RELACIÓN ENTRE DEUDOR Y AUXILIAR.

a) *La intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor.*—Se requiere un movimiento inicial y voluntario del deudor en virtud del cual el tercero se incorpore a la actividad de cumplimiento de la obligación. Como dice LARENZ, se trata de personas que el deudor por sí atraiga al cumplimiento de su obligación y a todas las actividades con él mismo relacionadas. El hecho de que tal atracción se produzca voluntariamente implica la condición de que el deudor pueda elegir libremente al auxiliar, por ello, no deben calificarse de auxiliares a las empresas que actúan en régimen de monopolio, ya que el deudor se ve obligado a recurrir a ellas, sin poder elegir (39).

Siendo necesaria la iniciativa del deudor para la intervención del auxiliar, resulta claro que no se produce el supuesto cuando un tercero interviene por sí mismo y origina el incumplimiento de la obligación. En tal caso, MAZEAUD y TUNC estiman que el deudor no incurre en responsabilidad «siempre que el hecho del tercero constituya un caso fortuito o de fuerza mayor. Por el contrario, si, teniendo en cuenta la diligencia que el contrato le imponía al deudor, se estima que debería impedir la intervención del tercero, aquél es responsable del incumplimiento. Pero entonces se trata de una responsabilidad contractual por el hecho personal, y no por el hecho ajeno...» (40). Como ya señalara FERRARA «donde falta el comportamiento voluntario del deudor que pone a las personas en relación y en contacto con el objeto de su obligación y, por tanto, en la posibilidad de producir el incumplimiento, falta el presupuesto de la responsabilidad» (41). Debido a que la intervención del auxiliar se produce como consecuencia de la iniciativa voluntaria del deudor, resulta que este último aparece como causa original del daño, en tanto en cuanto que es él quien pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo.

b) *La cuestión de la dependencia del auxiliar respecto del deudor: auxiliares y sustitutos.*—Habiéndose señalado ya que la intervención del auxiliar se produce por iniciativa del deudor, conviene analizar

(39) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 296.

(40) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 689. La delimitación del concepto de auxiliar en el cumplimiento puede encontrarse, desde el punto de vista que ahora se trata de su participación en el cumplimiento por iniciativa del deudor, en el artículo 1.158 del Código civil, el cual ciertamente no se refiere al supuesto, pero parece proporcionarnos un criterio orientador en el sentido de que el tercero que paga, conociendo y aprobando el pago el deudor podría calificarse de auxiliar, no así cuando lo hace ignorándolo el deudor. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el artículo 1.158 se está refiriendo al caso de cumplimiento por un tercero, mientras que el problema que aquí interesa es precisamente el contrario; es decir, el de determinar cuándo del incumplimiento de la obligación derivado del hecho de un tercero deba responder el deudor.

(41) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 123.

ahora bajo qué condiciones se ha de desarrollar tal intervención y concretamente si la actividad de cumplimiento la realiza el auxiliar como un dependiente o si puede, por el contrario, actuar autónomicamente. La doctrina moderna más autorizada parece estimar que la actuación del auxiliar puede desarrollarse autónomicamente, sin que sea necesaria una dependencia respecto del deudor, aunque en la mayoría de los casos se produzca. Así LARENZ afirma que no es acertada la opinión de considerar únicamente cómo «auxiliar en el cumplimiento» a aquellas personas a las que el deudor comunique las instrucciones necesarias para su actuación según la situación concreta, y estima acertadas decisiones de los tribunales alemanes que han considerado como auxiliares al agente de transportes encargado de la ejecución del envío, al banco del transferente y también al del destinatario, así como a los empleados que ocupan una posición rectora. Para este autor, basta con que «el auxiliar actúe por encargo o por cuenta del deudor, y precisamente en el ejercicio de la actividad de dicho deudor» (42). En el mismo sentido se manifiesta la doctrina italiana, así VISINTINI afirma que «son auxiliares no sólo los dependientes del empresario que colaboran en el cumplimiento de las obligaciones por éste asumidas o los domésticos respecto del patrón, sino que pueden serlo también los mismos empresarios autónomos como los bancos, los que ejercen profesiones liberales, huéspedes, amigos (a los que se ruega, por ejemplo, restituir por nuestra cuenta una cosa tomada a préstamo)» (43).

Teniendo en cuenta el hecho de que los auxiliares puedan actuar con independencia en su actividad de realización de la prestación, cabe hacer una distinción dentro del amplio campo de los auxiliares entre *ayudantes o auxiliares en sentido estricto y sustitutos*. Los primeros son aquellos que colaboran en el cumplimiento bajo la dependencia y siguiendo las instrucciones del deudor; por el contrario, los segundos ejecutan la prestación en una situación de independencia, si bien, como es lógico, han debido ser encargados por el deudor del cumplimiento y deben también ser extraños al acreedor. Por consiguiente, la diferencia entre los auxiliares en sentido estricto y los sustitutos se encuentra en que los primeros colaboran con el deudor en el cumplimiento, sin embargo, los segundos no son colaboradores, en el sentido de que no actúan al lado del deudor, sino en su lugar y con independencia del mismo (44). Pueden considerarse auxiliares en sentido estricto, según VISINTINI, a los dependientes del empresario, a los domésticos, a los auxiliares designados por un auxiliar cuando haya sido

(42) LARENZ, *Op. y loc cit.*, pág. 295. ZUNFT refiriéndose al parágrafo 278 del B.G.B. señala que la expresión «er sich... bedient» (se sirve) no hace referencia a una relación de dependencia, sino sólo al hecho de que debe de tratarse de personas que por voluntad del deudor, se emplean en el cumplimiento de la prestación a su cargo (*Loc. cit.*, págs. 373 y ss.)

(43) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 69 y ss. En este autor pueden encontrarse amplias referencias a la doctrina italiana.

(44) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 121 y 122. VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 71 y ss.



autorizado por el deudor a asumir a otro o cuando al asumir al segundo hubiera incurrido en culpa. El citado autor señala como ejemplo del último supuesto, el caso del asistente del médico que, no estando autorizado para asumir enfermera, le asigne a ésta una función que sólo los médicos puedan desarrollar; incurriendo, por tanto, en culpa al realizar tal designación (45). La idea últimamente apuntada, dista mucho de resultar clara, ya que parece inducir a la conclusión de que si el primer auxiliar hubiera designado a la enfermera para funciones que le fueran propias, el deudor no respondería de la actividad de tal enfermera puesto que no había autorizado a su auxiliar para que la designara. De ello resulta que, prescindiendo ya del ejemplo concreto y generalizando la solución, se perjudica al acreedor en todos los casos en que un auxiliar designe a otro sin estar autorizado para ello y la designación se haya realizado diligentemente, sin incurrir en culpa, ya que en tal caso, si el incumplimiento lo ocasionara el segundo auxiliar, estando liberado de las consecuencias de su intervención el deudor, el acreedor no tendría más remedio que dirigirse contra los auxiliares. La solución no parece justa, de aquí que estimemos más lógico que el deudor deba responder no sólo de los auxiliares por él designados, sino también de los que éstos hubieran nombrado, estuvieran o no autorizados para ello, pues de lo contrario, resultaría que las consecuencias de la violación por el primer auxiliar de los pactos que le ligar con el deudor los sufriría el acreedor que es ajeno a tales pactos. A mayor abundamiento no cabe duda de que el incumplimiento de la prestación ocasionado por el segundo auxiliar se liga, a través del primero, al deudor, por ello, éste debe responder de tal incumplimiento con independencia de que después pueda dirigirse contra los auxiliares.

*Sustitutos* pueden considerarse a los empresarios autónomos como bancos, miembros de profesiones liberales, etc., siempre que actúen con independencia del deudor en la actividad de cumplimiento. Dada esa independencia es lógico que algunos autores, después de afirmar la responsabilidad del deudor por los auxiliares en sentido estricto, se pregunten si debe responder también por los sustitutos. Enfrentándose con este problema MAZEAUD y TUNC estiman que «la solución debe buscarse, según parece, en la voluntad de las partes; pero es preciso ciertamente establecer en principio que el deudor responde de sus sustitutos. Eso es lo que resulta del hecho de que está obligado: él es el que queda obligado si el compromiso no se respeta» (46) Conviene advertir que cuando aquí se habla de *sustitutos* se está utilizando el término en un sentido técnico muy preciso de sustitución circunscrita a la actividad ejecutiva de la obligación (47). Como dice FERRERA se trata

---

(45) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 71.

(46) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 698. VISINTINI estima que no hay diferencia de tratamiento jurídico entre sustitutos y auxiliares. (*Op. cit.*, página 77.)

(47) Cfr., en este sentido VISINTINI, *Loc. cit.*, pág. 73.

sólo de aquellos que entran *materialmente* en lugar del deudor en la ejecución, no *jurídicamente*, pasando ellos mismos a ser obligados y apropiándose de la obligación. El deudor no desaparece del vínculo obligatorio, sino que permanece siempre directamente obligado hacia el acreedor, respecto del cual el sustituto es un extraño (48). Por tanto, no se trata de sustitución en la entera posición del deudor, de manera que el primitivo deudor quede liberado y el sustituto ocupe su entera posición jurídica frente al acreedor; sino sólo de sustitución en la actividad de cumplimiento, permaneciendo obligado y, por tanto, responsable frente al acreedor el mismo deudor (49).

c) *Ambito del concepto de auxiliar en materia contractual y extracontractual.*—El hecho de que en materia de responsabilidad contractual el deudor sea responsable no sólo de sus dependientes, sino también de aquellos otros que utiliza en el cumplimiento de su obligación sin que estén en relación de dependencia con él, supone una diferencia considerable respecto de la normativa que rige en materia extracontractual y, concretamente, respecto del artículo 1.903-4.º de nuestro Código civil, que reduce la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa a los perjuicios causados por sus dependientes sin incluir, por tanto, a aquellos que no lo sean, aunque realicen una actividad para el dueño o la empresa. Refiriéndose a esta cuestión en Derecho francés, dicen MAZEAUD y TUNC que el «círculo de las personas responsables contractualmente por otro parece mucho más amplio que el de las personas comprendidas, en materia delictual, por el artículo 1.384, párrafo 5.º. En efecto, ese precepto restringe, en esta última esfera, la aplicación de los principios de la responsabilidad por el hecho de otro a aquellos entre los cuales existe un vínculo de comisión; es decir, una relación de subordinación. Semejante requisito no se exige en materia contractual» (50).

Sin duda que la razón última de la diferencia señalada se encuentra en el fundamento mismo de ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual. Al respecto, resulta de sumo interés la siguiente afirmación del profesor Díez-PICAZO: «tratándose de una responsabilidad contractual, sólo el contratante que ha incumplido o infringido el contrato está obligado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de este incumplimiento o de esta infracción. En cambio, tanto en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código civil, como en la responsabilidad civil derivada del delito, la

(48) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 121, nota 4.

(49) Se trata de una sustitución distinta a la que aparece en el artículo 1.721 en materia de mandato, donde —como ya se ha señalado— el mandatario se desliga de la relación ocupando su lugar el que en tal precepto se llama sustituto.

(50) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 710. Un estudio completo de la naturaleza de la relación que ha de mediar entre responsable y causante del daño en la responsabilidad delictual se encuentra en TRIMARCHI, *Op. cit.*, especialmente pág. 81 y ss.

obligación de indemnizar no recae únicamente sobre el causante del daño o sobre el autor del delito, sino también sobre otras personas a quienes la Ley hace directamente responsables del hecho de otro (51). Parece que de tal afirmación puede deducirse que en materia de responsabilidad contractual se responde del incumplimiento porque se es contratante, condición que será decisiva para fijar la responsabilidad, incluso en el supuesto de que el daño derivado del incumplimiento lo haya originado un auxiliar, cuestión que en cierto sentido aparece como secundaria; por el contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual no hay otra razón que justifique la responsabilidad por el daño causado por un tercero más que la que se encuentra en el ligamen existente entre responsable y causante del daño. En consecuencia, puede afirmarse que el fundamento de la responsabilidad contractual, aun en el supuesto del incumplimiento causado por un auxiliar, se encuentra en la condición de contratante o si se quiere, de deudor, de manera que todo incumplimiento que genera responsabilidad se conecta directamente con tal deudor o contratante, ya que él mismo se había obligado a cumplir, por lo cual, si se produce el incumplimiento debe, en principio, responder, salvo que tal incumplimiento se derive de una causa que le exima de responsabilidad. Sin embargo, en el supuesto de responsabilidad extracontractual por un tercero la conexión de la responsabilidad al que deba responder se produce indirectamente, en razón del ligamen que existe entre el mismo y el causante del daño; por ello, la ley se preocupa de señalar las personas que deban responder por otro y la relación que entre ellos ha de existir. Puede, pues concluirse diciendo que el deudor no responde por otro, aun en el supuesto de que el incumplimiento lo haya originado un auxiliar, ya que la razón de su responsabilidad se encuentra en su condición de deudor y en el hecho de que los medios que ha utilizado para cumplir, entre ellos los auxiliares, no han sido apropiados; por lo cual es lógico que responda, aunque haya sido diligente, ya que de no ser así se perjudicaría al acreedor que nada tiene que ver con los auxiliares. Por el contrario, tratándose de responsabilidad extracontractual nos encontramos ante un hecho dañoso causado por una persona, pero la ley establece que en virtud de determinada relación que le liga a otra será la última la que, en principio, debe responder; por consiguiente, aquí el responsable no queda determinado por una condición personal, como lo es en la contractual la condición de contratante o deudor, sino en virtud de la relación que le liga con el causante del daño. Por ello, la ley se preocupa de fijar los contornos de tal relación, relación que queda en un segundo plano en el caso de responsabilidad contractual por los auxiliares, de la cual

---

(51) DÍEZ-PICAZO, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español*. VI Congreso Internacional de Derecho comparado. Texto de las ponencias españolas. Instituto de Derecho comparado. Barcelona 1962, pág. 61.

se ha dicho que presupuesto del surgir de tal responsabilidad es la función que el tercero desarrolla por voluntad del deudor en el campo de la actividad necesaria para la ejecución de aquella obligación de que se trata, no ya la relación en que se encuentra en general con el deudor (52).

Las consideraciones anteriores ponen de relieve que existen diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual en lo que al concepto mismo de auxiliares o dependientes se refiere. Tal circunstancia unida al diverso régimen jurídico aplicable a ambos tipos de responsabilidad, sea o no deseable tal diversidad (53), nos induce a rechazar la idea de que el problema planteado por el incumplimiento de un contrato debido a la intervención de los auxiliares pueda resolverse, en lo que a la responsabilidad del deudor se refiere, mediante la aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual y en particular recurriendo al artículo 1.903, apartado 4.º. En efecto, además de que el concepto de auxiliar del deudor es más amplio que el de dependiente al que hace referencia el referido precepto, hay que tener en cuenta que parece contradictorio someter al deudor a las normas de la responsabilidad extracontractual cuando se le demanda por incumplimiento de la obligación ocasionado por los auxiliares que él mismo ha utilizado. Hay que recordar, al respecto, que en nuestra doctrina se estima que «el artículo 1.902 no tiene aplicación cuando las partes estén ligadas por vínculos contractuales» (54), de lo cual puede deducirse que tampoco debe tener aplicación el artículo 1.903, apartado 4.º, que se refiere a la responsabilidad extracontractual, para exigir una responsabilidad por incumplimiento contractual, ya que en este caso el fundamento de la responsabilidad se encuentra en que los medios empleados por el deudor para cumplir la obligación, entre ellos los mismos auxiliares, se revelan como inadecuados o insuficientes. Cuestión distinta, es la de que el acreedor, además de dirigir su acción *ex contractu* contra el deudor pueda también demandar al auxiliar *ex delicto*, lo cual es admitido por la doctrina en los supuestos en que, como en el caso del incumplimiento de una obligación por causa de los auxiliares, un mismo hecho engendra acciones de responsabilidad diversas frente a personas también diversas, teniendo en cuenta naturalmente que la concurrencia de mandados o de deudores no multiplica ni acrecienta el derecho a la

(52) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 70 y 71.

(53) Cfr., al respecto COSSIO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, páginas 98 y ss. GARCÍA VALDECASAS, G., *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español*. Revista de Derecho privado, 1962, págs. 842 y ss. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación...*, *cit.*, pág. 61. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. T. I. *Introducción y Parte General*, vol. II, 9.ª ed. Madrid 1955, págs. 489 y 490. GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*. Madrid 1968, pág. 471, etc.

(54) GARCÍA VALDECASAS, *Loc. cit.*, pág. 840. GULLÓN BALLESTEROS, *Op. cit.*, págs. 472 y 473.

indemnización, ya que el perjudicado tiene derecho a que el daño sea plena e íntegramente resarcido; pero la cantidad en que la indemnización se cifra no puede exceder de un efectivo resarcimiento del daño (55).

d) *El problema de la culpa de los auxiliares*

La doctrina se ha planteado la cuestión de si para que el deudor sea responsable por razón de sus auxiliares se requiere culpa de éstos. FERRARA se pronunciaba en sentido afirmativo y estimaba que si el hecho de los auxiliares es casual y depende de circunstancias extrañas, el deudor no puede sufrir las consecuencias, ya que se trata de un caso fortuito que desborda su esfera de acción (56). VISINTINI, en relación con el Derecho vigente actualmente en Italia, observa que puede parecer contradictorio que cuando el deudor haya encargado a otro el cumplimiento de su obligación deba garantizar sólo la diligencia de éste, mientras que, si la ejecuta personalmente, según el artículo 1.218 del Código civil debe asegurar no sólo la propia diligencia, sino también el cumplimiento de una prestación útil, con el sólo límite de imposibilidad de la prestación. Por ello, aunque el artículo 1.228 del Código italiano habla de la responsabilidad del deudor por los «hechos dolosos o culposos» de sus auxiliares, el autor últimamente citado, después de una serie de consideraciones que sería prolijo repetir aquí, estima que puesto que el deudor se hace garante del éxito frente al acreedor, salvo la prueba de la imposibilidad por causa a él no imputable, debe responder de la misma manera, cuando haya confiado el cumplimiento de la prestación a un auxiliar (57).

En Derecho alemán, la solución que a esta cuestión da el parágrafo 278 del B. G. B. es clara, para que el deudor sea responsable es necesario que exista «Verschulden» (culpa) por parte del auxiliar (58). Sin embargo, se ha criticado en este punto al B. G. B., estimando que la solución dada al problema se encontraba en contradicción con el mismo fundamento de la responsabilidad por los auxiliares, ya que hallándose éste —como veíamos al cominezo de este estudio— en el hecho evidente de que a través de ellos el deudor extiende su actividad económica, lo lógico es que la responsabilidad del último nazca aun cuando no haya culpa de los auxiliares, salvo el caso fortuito. Por ello, ya FEDER en 1902 reparó en tal contradicción, afirmando que el principio de la culpa había triunfado en el B. G. B., en un dominio en el que estaba definitivamente vencido (59).

(55) COSSIO, *El dolo...*, cit., pág. 106. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación...*, cit., págs. 65 y ss. Sobre el problema específico de la acción directa contra el auxiliar o sustituto (MAZEUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 719).

(56) FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 129.

(57) VISINTINI, *Op. cit.*, págs. 117 y ss.

(58) Cfr. en tal sentido LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 297.

(59) Cita de BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 303.

En Francia, BECQUE (60) y SORAEC (61), entienden que el deudor responde también de los hechos no culposos de sus auxiliares.

En nuestro derecho hay que entender que respecto al «*id quod interest*» lo único que libera al deudor es el caso fortuito, por consiguiente, responderá de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación aunque la falta de realización de ese interés se deba a una actividad no culpable de sus auxiliares, esto es, aunque los auxiliares hubieran sido diligentes. Respecto de los daños ulteriores se requiere sin duda que haya culpa del auxiliar, respondiendo, como se ha dicho antes, el deudor de tales daños aunque él personalmente no haya incurrido en culpa.

Habiéndose establecido ya tanto la responsabilidad del deudor frente al acreedor por sus auxiliares, como las condiciones de tal responsabilidad, conviene advertir que, como es lógico, dicho deudor dispone de una acción de repetición contra los mismos auxiliares, pues de lo contrario éstos quedarían exentos de su propia responsabilidad, lo cual sería injusto (62).

#### e) *Los daños ocasionales*

Otro problema que se ha planteado la doctrina es el de si el deudor responde sólo de los daños causados en el *cumplimiento* o también de aquellos otros que se producen *con ocasión del cumplimiento*. FERRARA señalaba que el deudor responde respecto de los auxiliares de ambos tipos de daños, indicando entre otras razones que al acreedor le es indiferente que el auxiliar lo perjudique mientras ejecuta la obligación o aprovechándose de su cualidad: en ambos casos sufre un daño que le proviene de la esfera económica del deudor y del que tiene derecho a ser resarcido (63). Otros autores, sin embargo, limitan la responsabilidad contractual por otro a los daños originados en la ejecución de la obligación. Daños que se ligarán no sólo a los actos de ejecución en sentido estricto, sino que hay que entender incluidos también los relativos a la guarda, conservación y transporte de la cosa, puesto que son obligaciones accesorias del deudor (64).

LARENZ indica que el deudor responderá contractualmente por su auxiliar, cuando la acción u omisión de éste implique una infracción de obligaciones fundadas en la relación obligatoria que incumba al deudor. Ilustra su doctrina con un ejemplo y dice que el pintor responde de la rotura de una luna del cliente producida por su empleado al manejar sin precaución la escalera, y no responde si dicho empleado comete un robo aprovechando la ocasión de hallarse sólo en la vivien-

(60) BECQUE, *Loc. cit.*, pág. 304.

(61) Citado por VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 118, nota núm. 155.

(62) MAZEAUD-TUNC, *Op. y loc. cit.*, pág. 718. FERRARA, *Loc. cit.*, pág. 137, etc.

(63) FERRARA, *Loc. cit.*, págs. 132 y ss.

(64) BECQUE, *Loc. cit.*, págs. 304 y ss.

da del cliente, ya que el robo no es una acción que consista precisamente en la omisión de un especial deber contractual (65). En el mismo sentido señala VISINTINI que para que tenga lugar la responsabilidad contractual por los auxiliares se requiere un nexo directo entre la actividad de ejecución y el daño (66).

Desde luego, parece más acertada la opinión que limita la responsabilidad contractual por los auxiliares a los daños causados en el cumplimiento. Cabe entonces plantear el problema de la reglamentación de los daños causados con ocasión del cumplimiento. Estos últimos deberán ser indemnizados como daños extracontractuales (67) y, en este concepto, es posible que deba satisfacerlos el propio deudor ya que el artículo 1.903-4.º dice que los dueños o directores de un establecimiento o empresa responden de los perjuicios causados por sus dependientes «en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones». Naturalmente será necesario determinar si en el caso concreto se dan todas las condiciones para que pueda aplicarse el precepto referido (68).

#### f) Cláusulas de exoneración de responsabilidad

Habiéndose ya establecido la responsabilidad del deudor por sus auxiliares cabe plantear la cuestión de si son válidas las cláusulas de exoneración de tal responsabilidad. Al respecto, conviene recordar que en el inciso segundo del párrafo 278 del B. G. B. se establece la regla de que la responsabilidad por los auxiliares puede ser limitada o excluida (69). Sin embargo, la doctrina señala ciertas condiciones a esta posibilidad de limitación o exclusión, indicándose, al respecto, que ha de considerarse ilícito que el representante o auxiliar mismo pacte la exclusión de la responsabilidad por su propio obrar doloso y que ha de examinarse en cada caso hasta donde son tales pactos contrarios a las «buenas costumbres» o al espíritu del ordenamiento jurídico (70). También admite las citadas cláusulas el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones. En Derecho italiano la admisibilidad de tales cláusulas resulta del artículo 1.228, que establece la responsabilidad por los auxiliares «salva diversa volontà delle parti». No obstante, en el artículo 1.229-2.º se señala la nulidad de los pactos de limita-

(65) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, págs. 297 y 298.

(66) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 129.

(67) Así GARCÍA VALDECASAS, G., *Loc. cit.*, pág. 840.

(68) BECQUE señala una solución semejante para el Derecho francés (*Loc. cit.*, página 307). De gran interés es el análisis que TRIMARCHI hace de la expresión «esercizio delle incombenze» del artículo 2.049 del Código italiano (*Op. cit.*, pág. 151).

(69) En realidad, tal norma resulta de la afirmación que en el inciso señalado se hace de que no se aplica a la responsabilidad por los auxiliares la disposición del párrafo 276, párrafo 2.º, según el cual la responsabilidad a causa de dolo no puede ser anticipadamente dispensada al deudor.

(70) LARENZ, *Op. y loc. cit.*, pág. 299.

ción o exoneración de responsabilidad cuando el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones derivadas de normas de orden público.

En nuestro Derecho podría entenderse que el artículo 1.102 no es aplicable al supuesto de dolo de los auxiliares, siendo posible una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, en tal supuesto. La razón se encuentra en que las consideraciones que impiden al deudor pactar la cláusula de exoneración de responsabilidad por dolo personal, no se extiende al dolo del auxiliar, ya que una cláusula que excluya la responsabilidad en este caso, podría entenderse que deja siempre subsistir —como ha señalado algún sector de la doctrina extranjera— la eventual responsabilidad personal del deudor (71). Sin embargo, tal opinión es discutible, pues si se ha pactado la limitación o exclusión de responsabilidad por dolo o culpa del auxiliar, la eventual responsabilidad del deudor podrá surgir por otra causa; pero nunca del dolo o culpa del referido auxiliar. Por ello, tal vez sea acertada la opinión de aquellos autores que entienden que tales cláusulas no serían válidas en Derecho español, ya que aparte de los argumentos de orden positivo, habría que tener en cuenta que las mismas podrían esconder una connivencia entre principal y dependientes para defraudar al acreedor (72).

#### B) LA RELACIÓN ENTRE ACREEDOR Y AUXILIAR

Anteriormente ya se han señalado al respecto algunas cuestiones, así la relativa, así el acreedor puede o no dirigirse directamente contra los auxiliares de su deudor, por ello, aquí basta con señalar que la intervención del auxiliar debe ser cuestión interna entre éste y el deudor, totalmente ajena al acreedor. En consecuencia, la doctrina señala que no se estaría ante el supuesto de responsabilidad del deudor por los auxiliares, no sólo cuando el tercero asuma la obligación frente al acreedor —en tal caso se trataría de un traspaso de deuda, figura muy distante de la que aparece cuando el tercero es mero auxiliar—, sino también cuando el auxiliar ha sido elegido por el acreedor o en el supuesto de que cuando lo haya designado el deudor lo haya hecho observando determinadas instrucciones del mismo acreedor (73).

(71) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 114.

(72) GARCÍA AMIGO, M., *Op. cit.*, págs. 155 y 156.

(73) VISINTINI, *Op. cit.*, pág. 65.