

Sobre la no aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor

(A propósito de la sentencia TS 22 febrero 1991 (1))

SUMARIO: I.—Antecedentes fácticos. II.—Fundamentos de derecho. III.—Comentario.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Se hallan suficientemente descritos en los FD primero y segundo de la sentencia comentada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el proceso del que este recurso dimana, promovido por Doña Pilar Herráez García de Montesinos contra la entidad mercantil «Cirden, S.A.», propietaria de la Clínica Janos, sita en la calle Clara del Rey, 33, de Madrid, y contra el médico de dicha Clínica, don Antonio Muro Aceña, sobre responsabilidad por culpa o negligencia, recayó, en grado de apelación, sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid, por la que, revocando totalmente la de primer grado, estima la demanda formulada y condena

(1) R.A. 1587; *Colección Oficial* núm. 133; extractada en *ADC*, 1992, p. 1324 y ss. (núm. 25), con nota de GARCÍA CANTERO. Actuó como ponente de esta sentencia el Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

En el presente comentario jurisprudencial se abordan muy sucintamente un conjunto de cuestiones (y se silencian muchas otras) que son objeto de desarrollo pormenorizado en un libro sobre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, que se halla actualmente en fase de publicación, y que constituye mi aportación al Proyecto de Investigación PS91-0105, financiado por la DGICYT.

«al demandado don Antonio Muro Aceña y subsidiariamente a la sociedad demandada “Cirden, S.A.”, a que abonen a la demandante los daños y perjuicios causados como consecuencia del tratamiento de endodoncia aplicado a la misma y cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta el tiempo de curación y sanidad de la boca, así como los efectos económicos de una posible incapacidad temporal, posibles defectos físicos y el importe de la prótesis necesaria para la demandante». Contra la referida sentencia de la Audiencia, los demandados entidad mercantil «Cirden, S.A.», y don Antonio Muro Aceña interponen sendos recursos de casación (uno cada uno), integrados por siete motivos el de la entidad mercantil y por dos el del Sr. Muro Aceña, pero de estos dos motivos el primero de ellos ha sido inadmitido por esta Sala en el momento procesal oportuno.

Segundo: Antes de entrar en el examen de los dos expresados recursos deben consignarse los hechos que la sentencia recurrida declara probados, los cuales, al no ser combatidos por ninguno de los motivos integradores de los referidos recursos, han de ser mantenidos aquí invariables, y que son los siguientes: 1.º La demandante doña Pilar Herráez García de Montesinos sufrió la rotura de una prótesis dental (puente) en la mandíbula superior en la que conservaba un canino. 2.º Por dicha causa, acudió a la Clínica Janos, propiedad de la demandada entidad mercantil «Cirden, S.A.», en la que, previo señalamiento de fecha para la consulta, el día 2 de junio de 1986 le atendió el médico don Antonio Muro Aceña, quien comenzó a practicarle un tratamiento de endodoncia. 3.º En la realización de las operaciones propias de dicho tratamiento, se rompió la lima que para ello utilizaba el facultativo, quedando dentro de la zona afectada un trozo de dicha lima (de uno o dos milímetros de longitud), que el facultativo trató de sacar sin conseguirlo, ante lo que prescribió a la paciente un tratamiento de antibióticos y antiinflamatorios, sin que en visitas posteriores se le practicara otro tratamiento. 4.º Ante las molestias que tenía, la demandante acudió a otra consulta facultativa, en donde le fue extraído el canino, que en su tercio apical tenía incrustado el referido trozo de lima.

Tercero: Como de los dos recursos interpuestos, el motivo segundo y único (el primero, como ya se ha dicho, fue inadmitido por esta Sala) del recurso del médico Sr. Muro Aceña y el motivo cuarto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», tienen el mismo designio impugnatorio, pues los dos, por el cauce del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C. y denunciando infracción de los arts. 1.101 y 1.104 del C.c., por aplicación indebida de los mismos, sostienen que no ha habido conducta culposa o negligente por parte del doctor Muro Aceña, ambos motivos habrán de ser aquí examinados conjuntamente. Partiendo del hecho incuestionable, que nadie discute, de que durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ello utilizaba, quedando un trozo de la misma en el interior de la zona tratada (tercio apical del canino), los recurrentes sos-

tienen que no se ha concretado la causa de dicha rotura (motivo cuarto del recurso de «Cirden, S.A.»), o que tal causa fue un movimiento brusco de la propia paciente, a pesar de estar anestesiada (motivo único del recurso del Sr. Muro Aceña), por lo que pretenden concluir que no está acreditada la culpa o negligencia del referido facultativo. Frente a tales alegaciones, la sentencia aquí recurrida considera probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales») o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala el texto médico consultado por la Sala *a quo* y que el propio demandado Sr. Muro Aceña aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del facultativo demandado, aquí recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue producida por un golpe que la paciente le dio en el brazo. Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de la rotura de la lima, son reveladoras de una conducta negligente por parte del facultativo, tanto si la lima estaba deteriorada o «fatigada» por el reiterado uso de la misma, como si de ella hizo una utilización incorrecta, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse previamente del buen estado de conservación del instrumento que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la *lex artis*, y lo mismo ha de decirse para el supuesto de que la causa de la rotura hubiera sido un golpe que la paciente, al sentir fuerte dolor, dio en el brazo del facultativo, pues dentro de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría, si la paciente tuvo la reacción que aduce el facultativo recurrente, de donde se desprende que la calificación de culposa o negligente que hizo la sentencia recurrida para cualquiera de las tres hipótesis contempladas, como únicas causas posibles de la rotura de la lima, es plenamente ajustada a Derecho, con correcta aplicación de los arts. 1.101 y 1.104 del C.c., por lo que procede la desestimación de los motivos aquí examinados (único del recurso del Sr. Muro Aceña y cuarto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.»).

Cuarto: Mediante el motivo primero de su recurso, por el cauce procesal del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C., la recurrente entidad mercantil «Cirden, S.A.», denuncia infracción del art. 1.214 del C.c., para lo que sostiene que la sentencia recurrida considera probado que la rotura de la lima fue debida al mal estado de la misma o a su defectuosa utilización, cuando ello, dice la recurrente, no se ha probado y la carga de su prueba incumbía a la parte demandante, al excluirse toda clase de presunción de culpa en la conducta de los profesionales sanitarios. El motivo ha de fenecer, porque la sentencia recurrida no ha realizado inversión alguna de la carga de la prueba, sino que partiendo del

hecho incuestionable de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia y teniendo en cuenta que, según la literatura científica aportada a los autos por el propio demandado Sr. Muro Aceña, las dos únicas causas posibles de rotura son el mal estado de conservación de la lima, por un uso reiterado de la misma («fatiga del material») o una defectuosa utilización de ella, llega a la conclusión de que, en cualquiera de esos dos supuestos, así como si la rotura se produjo por un previsible, y no adecuadamente previsto, movimiento brusco o golpe de la propia paciente, existe una conducta culposa o negligente del facultativo que utilizaba la referida lima, según ya se ha razonado en el fundamento anterior, a lo que ha de añadirse, en sede de doctrina general, que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 5 de mayo, 24 de julio y 4 de octubre de 1986, 18 de marzo de 1988, 8 de noviembre de 1989, 19 de abril de 1990, por citar algunas), el art. 1.214 del C.c., no contiene norma alguna sobre valoración de prueba, sino simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del *onus probandi*, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión, como ha ocurrido en este supuesto litigioso, en que, partiendo del hecho incuestionable de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia, y teniendo en cuenta las únicas causas posibles de la misma, alcanza la conclusión ya dicha de la conducta culposa o negligente del facultativo que la utilizaba, cuestión ésta que es estrictamente jurídica y no fáctica.

Quinto: Objeto de examen conjunto han de ser los motivos segundo, tercero y sexto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», formulados por el cauce procesal del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C. y también al amparo del núm. 4 del art. 5.º de la L.O.P.J. y por los que se denuncia infracción del art. 24, núm. 2, párrafo 1.º, de la C.E. (en el motivo segundo), infracción del art. 14 de la misma Constitución (en el tercero) y nuevamente infracción del art. 24, núm. 2, párrafo primero, de la citada Constitución (en el sexto), para lo cual la recurrente, en esencia, viene a sostener, como alegato sustentador de los referidos motivos, que la sentencia recurrida le ha producido indefensión, al haber resuelto sobre unos hechos (mal estado de la lima, defectuosa utilización de la misma por el facultativo o insuficiente anestesia de la paciente) que, según dice, no se han planteado por la actora como objeto de debate en el litigio. Los tres expresados motivos han de ser desestimados, ya que alegada por la actora, como soporte fáctico de la acción ejercitada, la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia a que estaba siendo sometida, con incrustación de un trozo de la misma en el tercio apical del canino, hecho básico que nadie ha cuestionado en el proceso, la Sala de instancia ha estudiado las tres posibles causas de dicha rotura (mal estado de

conservación de la lima, defectuosa utilización de la misma por el facultativo o insuficiente anestesia de la paciente, que no le eliminó el dolor y la subsiguiente y previsible reacción ante el mismo), de las cuales las dos primeras aparecen señaladas en la literatura científica aportada por el demandado al proceso y la tercera (movimiento brusco o golpe de la actora) fue aducida, no sólo por dicho demandado, sino también por la codemandada entidad mercantil, aquí recurrente, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, y del estudio de las mismas, como era su deber, para poder resolver la cuestión litigiosa planteada, la referida Sala de instancia llega a la conclusión de que cualquiera, de las tres alegadas, que hubiera sido la causa de la rotura de la lima, la conducta del facultativo que la usaba ha de ser calificada de culposa o negligente (cuestión, como ya se ha dicho, estrictamente jurídica, no fáctica), por lo que, evidentemente, no se ha producido la indefensión aquí denunciada, ya que, se repite, las tres aludidas posibles causas de la rotura habían sido alegadas en el proceso en la forma ya dicha y si la recurrente entendía que la causa había sido otra distinta debió alegarla y probarla, cosa que no hizo. El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo séptimo, articulado por el mismo cauce procesal que los tres que acaban de ser examinados, y por el que la recurrente denuncia ahora infracción de la presunción de inocencia del médico demandado, que proclama para todo ciudadano el art. 24, núm. 2, párrafo primero, de la C.E., desestimación de este motivo que viene impuesta por la consideración de que el expresado derecho constitucional, que implica que el acusado (en cualquier ámbito jurídico en que lo sea) no está obligado a probar su inocencia, deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora desde el momento en que aparece probada en autos la culpabilidad del acusado en cuestión, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en que la sentencia recurrida, tras una valoración de la prueba practicada en el proceso, y partiendo del hecho incuestionable, tantas veces repetido, de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia y la incrustación de un trozo de la misma en el tercio apical del canino de la paciente, considera probada la conducta culposa o negligente del facultativo que la utilizaba, cualquiera que hubiera sido, de las tres alegadas, la causa de la expresada rotura.

Sexto: Por el cauce procesal del núm. 5 del art. 1.692 de la L.E.C., aparece formulado el motivo quinto (último que queda por examinar), por el que, denunciando infracción del párrafo tercero del art. 1.903 del C.c., la recurrente viene a sostener, en esencia, que si la sentencia recurrida ha declarado la responsabilidad contractual del médico don Antonio Muro Aceña, a ella (la recurrente) no se le puede declarar responsable por el núm. 3.º del art. 1.903 del C.c., en cuanto propietaria de la Clínica Janos en donde dicho médico presta sus servicios, pues, el referido precepto, dice, sólo es aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual, no de la contractual. El motivo también ha de fenecer por las siguientes razones: 1.^a Porque en el supuesto de

responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (Sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 1990). 2.^a Porque la responsabilidad derivada del art. 1903 del C.c. es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando o in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho (Sentencias de esta Sala de 22 de junio de 1988, 17 de junio de 1989, 30 de enero de 1990, por citar algunas de las más recientes). 3.^a Porque en el presente supuesto litigioso, la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica Janos, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», en cuanto responsable de la meritada Clínica, también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio.

Séptimo: El decaimiento de todos los motivos integradores de los dos recursos interpuestos ha de llevar aparejada la desestimación de los mismos, con expresa imposición a las partes recurrentes de las costas causadas con sus respectivos recursos y sin que haya lugar a acordar la pérdida de depósitos, al no haber sido constituidos los mismos por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

III. COMENTARIO

1. Me propongo aprovechar la ocasión que me brinda el supuesto concreto y la doctrina de la sentencia comentada, para denunciar, y así contribuir a superar, una situación más general que, a mi juicio, lastra negativamente la labor aplicativa de nuestra jurisprudencia civil. Situación que me atrevo a calificar de sustancial desconocimiento de la responsabilidad contractual indirecta como principio general —esto es, operante más allá de las normas singulares que la establecen para casos concretos—, y que se traduce, como en una suerte de obligada compensación, en la hipertrofia aplicativa de la norma general de responsabilidad extracontractual indirecta del art. 1.903-IV C.c., única norma en la que el TS parece encontrar fundamento para asentar, con carácter general, una responsabilidad civil por otro en el terreno contractual.

Ocurre, sin embargo, que para atraer la aplicación, al terreno contractual, de la norma del art. 1.903-IV, el TS se ve obligado a hacer no pocas veces verdaderos equilibrios o filigranas doctrinales (este sería el caso de la sentencia comentada), y otras tantas veces (veremos, después, un ejemplo práctico de ello) no puede sustraerse a una aplica-

ción (aunque bienintencionada) forzada, en contra de sus mismos presupuestos, de dicha norma general de responsabilidad extracontractual indirecta.

Finalmente, claro, no debe desconocerse que la aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el terreno contractual, por mucho que se estire (lo que, obviamente, no sería necesario de aplicar un principio general autónomo de responsabilidad contractual indirecta), no puede franquear el límite de la relación de subordinación o dependencia (jerárquica o funcional) que es su presupuesto. Es, por tanto, norma inidónea para hacer responder al deudor por terceras personas que sean auxiliares o colaboradores en la realización del cumplimiento debido por aquél, pero que *no* sean sus empleados o dependientes (los auxiliares autónomos o independientes, que los franceses designan con la terminología —a mi juicio, equívoca— de *substituts*).

Todo lo cual aconseja, y, más aún, impone, abandonar el insuficiente, no siempre posible, recurso al art. 1.903-IV, y hacer, de una vez, aplicación efectiva de un principio general y autónomo de responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, sean o no dependientes de él.

2. El único aspecto al que se contraerá el comentario sucesivo, es el que acabo de indicar. Sin embargo, antes de entrar en él, quiero hacer, también, alguna referencia, siquiera sea marginal, a otro aspecto de la doctrina de la sentencia comentada, que es, por lo demás, presupuesto de aquel otro que centrará mi atención.

Me refiero, ahora, a la forma en que se considera establecida/probada la culpa-negligencia del médico odontólogo interviniente (codeemandado, junto con la sociedad propietaria de la clínica en que prestaba sus servicios) y causante directo del daño a la paciente-demandante.

A este respecto, el TS considera hasta tres posibles causas del daño producido a la paciente y demandante, resultado de la rotura de una lima en el curso de un tratamiento de endodoncia, con posterior incrustación de un trozo de la lima (de entre uno y dos milímetros) en el tercio apical de un canino de dicha cliente-demandante.

Las tales tres posibles causas consideradas son: 1) utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales»); 2) defectuoso manejo o incorrecta utilización de la lima por parte del facultativo interviniente; y 3) movimiento brusco, a causa del dolor, de la paciente, en el curso de la intervención odontológica, que hace que el médico interviniente reciba un golpe en el brazo durante dicho transcurso.

Las dos primeras causas son las únicas descritas en la literatura científica (aportada al proceso por el médico interviniente codeemandado) como productoras de la rotura de la lima en ese tipo de operaciones; la tercera es específicamente alegada por ambos codeemandados y recurrentes.

El TS (vid., espec., FD tercero; pero también, cuarto y quinto), partiendo, adecuadamente (*ex art. 1.104-I C.c.*), del carácter técnico-profesional de la diligencia exigible del facultativo causante de los daños, llega a las siguientes conclusiones:

- 1) Si la causa de la rotura de la lima, fue la primera de las posibles indicadas, existió culpa-negligencia del médico interviniente, pues a éste incumbía, en todo caso, el deber de utilización del instrumental adecuado y del examen o control, previos a dicha utilización, dirigidos a verificar el buen estado de dicho instrumental. (En los límites, claro, hay que precisar, en que puede hacerlo un profesional-especialista de la odontología).
- 2) Si la causa de la rotura de la lima fue la segunda de las posibles indicadas, también existió culpa-negligencia del médico-codemandado, pues es evidente que estaba obligado a un manejo profesionalmente correcto, conforme a las técnicas odontológicas, del instrumental empleado para el tratamiento específico (endodoncia) de su paciente.
- 3) Si la causa de la rotura de la lima fue la tercera de las posibles indicadas, existió, igualmente, culpa-negligencia del facultativo interviniente, pues el alegado movimiento brusco, a causa del dolor, de la paciente, en el curso del tratamiento, sólo habría sido posible por una insuficiente anestesia de la misma, y al deber profesional del médico competía prevenir esta eventualidad, practicando la anestesia profesionalmente adecuada y suficiente para evitarla.

En resumen, el TS, tras este análisis de posibles causas, llega a la conclusión (a mi modo de ver, totalmente correcta), de que existió culpa-negligencia del médico directamente productor de los daños, desestimando los recursos de casación de ambos codemandados, que denunciaban supuesta infracción de los arts. 1.101 y 1.104 C.c.

A partir de aquí llegamos al problema que motiva mi atención y mi comentario: el de cómo llegar, sentada la (clara, cierta) culpa-negligencia del facultativo de autos, a la responsabilidad civil por él (por otro, indirecta) de la sociedad codemandada y propietaria de la clínica en que el primero prestaba sus servicios.

3. El aspecto recién aludido se aborda en el FD sexto de la sentencia comentada, con cuya doctrina se pretende dar respuesta al quinto motivo de casación —por infracción del art. 1.903 -IV C.c. [la referencia literal al «párrafo tercero» de dicha norma (que concierne a tutores y guardadores legales), la interpreto, obviamente, como error material de transcripción)]— esgrimido por la sociedad codemandada y correcurrente.

Como se desprende de la transcripción literal de dicho FD sexto, con el indicado motivo del recurso pretendía hacerse valer, en sustancia, una indebida aplicación del art. 1.903-IV C.c., pues, estando dicha norma dictada para la responsabilidad civil *extracontractual*, no sería aplicable, en

cambio, para afirmar la responsabilidad, por el médico interviniente que trabajaba en ella, de la sociedad codemandada propietaria de la clínica, frente a su cliente y *contraparte en el contrato* de servicios médicos, responsabilidad ésta que sólo podría tener naturaleza *contractual*.

No puede negarse que el recurso tiene, en este punto, una cierta dosis de lógica, como lo demuestra, entre otras cosas, que el TS haya tenido que hacer verdaderos equilibrios para desecharlo.

Con todo, el TS —como para los demás motivos esgrimidos por uno y otro recurrente— desestima tal motivo, oponiendo, para ello, tres razones, que analizaré a continuación separadamente.

3.1. La primera de ellas reza textualmente así:

«Porque en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo, concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual —sentencia de esta Sala 7 de febrero de 1990 [R.A. 668]—».

Por lo demás, la doctrina de esta última sentencia, a la que remite la comentada, es, en lo que aquí interesa, la siguiente (FD quinto):

«Por otra parte, es igualmente de reconocer que en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*alterum non laedere*), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen».

El argumento del TS en la sentencia comentada es, pues, claro: ningún obstáculo para la aplicación de una norma propia de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1.903-IV C.c.), dentro del terreno contractual, en la medida en que el mismo hecho dañoso que supone incumplimiento de una obligación contractual (derivada del contrato médico), entrañe, simultáneamente, la comisión de un ilícito civil aquiliano, al que, como tal, le son, también, aplicables sus propias normas.

En mi opinión, dicho argumento del TS sirve, en efecto, para superar la objeción planteada en el recurso, pero su adecuada aplicación al caso de la sentencia comentada, exige un mayor desarrollo, en los términos que siguen.

- a) El concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, puede darse, en primer lugar, a favor de la víctima del daño y en contra de *un mismo (único) sujeto responsable*. Esto

sucede, claro, cuando en el hecho dañoso del causante del daño, concurren simultáneamente las características del incumplimiento contractual y del ilícito aquiliano (2). En particular, dentro de la responsabilidad civil del médico, tal cosa sucederá, cuando es el mismo facultativo, que, como contraparte contractual de su paciente, resulta su deudor de un tratamiento médico profesionalmente correcto, el que le causa algún daño, producto de una cura negligente, desatenta o incorrecta. Obsérvese que, entonces, las dos acciones de responsabilidad (contractual y extracontractual), que concurren en favor de la víctima del daño contra el único sujeto responsable, son (lógicamente), ambas, resultado de su responsabilidad *personal*.

Este primero (parece que) era el caso de la sentencia 7 febrero 1990 —citada por la comentada—, pero no lo es de la que comentamos.

- b) En segundo lugar, el concurso de responsabilidades (contractual y extracontractual) puede darse en favor de la víctima del daño contra *dos sujetos responsables diversos*. De hecho esta es la hipótesis que se dará normalmente siempre que el deudor incumplidor haya utilizado terceros auxiliares para la ejecución de su obligación (3). Entonces —repito que en principio—, el acreedor perjudicado tendrá, sobre la base del mismo hecho dañoso del tercero auxiliar, *además* de la *acción de responsabilidad contractual* contra su *deudor incumplidor* (al que se imputa objetivamente la conducta de los terceros por él introducidos en el cumplimiento de su obligación, sobre cuya conducta, así jurídicamente imputada, se determina el *incumplimiento de la obligación del deudor/principal*, como si él hu-

(2) Sobre el concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, vid., p. ej. GARCÍA VALDECASAS (G.), «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pp. 831 y ss.; DíEZ-PICAZO, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictiva en el Derecho español», en *Ponencias españolas del VI Congreso Internacional de Derecho comparado*, Barcelona, 1962, pp. 59 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 32 y nota 22; PANTALEÓN, en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, sub art. 1.902, infra III). Últimamente, CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.

(3) Sobre el concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, a propósito, específicamente, de la responsabilidad contractual indirecta, vid., p. ej., JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 563 y nota 264, y nota 279, p. 571; MAZEAUD/TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, vol. 2.º, Buenos Aires 1962 (trad. de la 5.ª ed. francesa por Alcalá-Zamora y Castillo), p. 719; TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *ADC*, 1971, pp. 1143 y ss., y allí, pp. 1162-1163; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, p. 798; CARRASCO, en *Comentarios Albaladejo al Código civil*, XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, sub. art. 1.101, p. 444. Últimamente CAVANILLAS, en *Cavanillas/Tapia cit.*, pp. 152-153.

biese actuado personalmente en el lugar y como su auxiliar de cumplimiento); también acción de *responsabilidad extracontractual* contra el tercero auxiliar, para hacer efectiva la responsabilidad personal de éste, en la medida, claro, en que concurren respecto de él los presupuestos ordinarios del ilícito civil aquiliano *ex art. 1.902 C.c.* (4). Hay, pues, sobre la base de un mismo hecho dañoso, un concurso de acciones de responsabilidad civil contra distintos sujetos responsables, con distintos fundamentos, y que operan, cada una de ellas, con arreglo a sus propios presupuestos. La responsabilidad contractual, así, se exige por el acreedor dañado sólo de quien puede (de *su* deudor, del obligado frente a ese acreedor dañado), pero ello no impide poder exigir su responsabilidad personal del tercero utilizado por el deudor para cumplir, que, precisamente por ser tercero, sólo puede responder extracontractualmente frente a quien nada debe (el acreedor de su principal).

Aquí, por tanto, a diferencia del supuesto anterior [*sub a*)], las dos acciones de responsabilidad concurrentes, de distinta naturaleza, se ejercitan, cada una de ellas, contra un sujeto responsable también distinto. Esas acciones concurrentes de responsabilidad de distinta naturaleza, la tienen, también, desde otro punto de vista: mientras que la responsabilidad *contractual* del deudor/principal es *indirecta* (por otro, por sus auxiliares de cumplimiento), la responsabilidad *extracontractual* del tercero auxiliar frente al acreedor de su principal, es, como queda dicho, estrictamente *personal*.

Aún puede rizarse más el rizo del concurso de responsabilidades, a propósito de la responsabilidad civil indirecta: cuando el causante directo del daño y responsable personal del mismo (*ex art. 1.902 C.c.*), es un *dependiente* o *empleado*, entonces esa responsabilidad personal desencadena, también, la responsabilidad extracontractual indirecta de su principal, si se dan los demás presupuestos del art. 1.903-IV C.c.; y si este principal, resulta ser, además, deudor de la víctima del daño, y éste es producto de la infracción de la correspondiente obligación, para cuyo cumplimiento el deudor/principal se ha servido, como auxiliar, del dependiente causante directo del daño, entonces resultará que, en orden a exigir la *responsabilidad civil indirecta* del deudor/principal (o sea, en contra de un *mismo responsable indirecto*), la víctima del daño

(4) Sobre la responsabilidad personal del tercero-auxiliar, frente al acreedor de su principal, *vid.*, p. ej., JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 563 y nota 264, y nota 279, p. 571; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934 (trad. de W. Rocés), pp. 106-107; FERRARA, «Responsabilità contrattuale per fatto altrui», en *Arch. giur.*, LXX (1903), pp. 401 y ss., y allí, p. 426; MAZEAUD/TUNC, *op. cit.*, p. 719; HEINRICH/PALANDT, *BGB*, München, 1989 (48.^a ed.), § 278, *infra* 7); HANAU, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 1985 (2.^a ed.), § 278, Rd. Nr. 3.

tendrá, concurrentemente, una acción de responsabilidad *contractual indirecta* (para hacer responder a su deudor por el auxiliar-dependiente de éste) y una acción de *responsabilidad extracontractual indirecta* (para hacer responder al principal por el daño ilícito causado por su dependiente en el ejercicio de sus funciones o cometidos) —todo ello, claro, además de la acción de *responsabilidad extracontractual personal* y ex art. 1.902 C.c., contra el propio auxiliar-dependiente—.

Ahora sí, después de lo explicado, estamos en condiciones de entender la correcta aplicación del argumento del concurso de responsabilidades al caso de la sentencia comentada.

En el supuesto de autos existía un contrato de servicios médicos concertado entre la sociedad propietaria de la clínica —a través de alguno de sus órganos de representación— y la cliente víctima del daño. Contrato en cuya virtud, naturalmente, la sociedad codemandada y recurrente resultaba ser *deudora*, de un tratamiento odontológico profesionalmente correcto, frente a su cliente (acreedora de dicha prestación debida).

La sociedad deudora (como es inevitable que suceda, respecto de las obligaciones asumidas por personas jurídicas) utiliza para cumplir su obligación a otra persona: en concreto, a uno de los médicos que prestan sus servicios en la clínica odontológica de la que dicha sociedad es titular. Este facultativo es un *tercero*, ajeno al contrato concertado por la sociedad deudora y la paciente, y, por tanto, *no* es deudor de esta última. La paciente dañada por la conducta negligente o desatenta de dicho médico interviniente no tiene, pues, otra vía para exigirle su *responsabilidad personal* que la acción del art. 1.902 C.c.

Ahora bien, dicho médico-tercero, causante directo del daño a la paciente, es, por un lado, *empleado/dependiente* de la sociedad deudora, y, por otro, *además*, ha sido voluntariamente utilizado por ésta para cumplir la obligación asumida frente a su cliente: es, pues, *auxiliar de cumplimiento* de la sociedad deudora en esa concreta obligación.

Por ello, en este caso —tratándose de un auxiliar-dependiente del deudor—, para exigir la responsabilidad *civil indirecta* del deudor/principal, concurren en favor de la víctima del daño, tanto una acción de *responsabilidad extracontractual* ex art. 1.903-IV (el daño ilícito lo ha causado el empleado de la sociedad en el ejercicio de sus funciones propias), como una acción de *responsabilidad contractual* (a la sociedad deudora/principal se imputa la conducta de cumplimiento de su auxiliar, y ésta, así imputada, determina la infracción de la obligación contractual de la primera).

Por lo que, en efecto, ahora se ve por qué, como dice el TS, el carácter de *deudora* de la sociedad demandada, no impide que su responsabilidad civil indirecta, por su médico-empleado, pueda ser hecha valer por la *acreedora-cliente* en forma *extracontractual*, con apoyo en el art. 1.903-IV C.c.

Ocurre, sin embargo, que el TS ha silenciado lo que, acaso, es más evidente: que la sociedad deudora, como tal, respondía *contractualmente* del tratamiento odontológico profesionalmente incorrecto recibido por *su cliente-acreadora*, y que, a esos fines, se le imputaba la incorrecta conducta de ejecución realizada por quien, siendo su empleado, era, además, auxiliar en el cumplimiento de la obligación asumida frente a la cliente acreedora.

En todos los casos de concurso de responsabilidades (contractual y extracontractual) en favor de la víctima del daño, sea contra un mismo sujeto responsable, sea contra varios, no hay que decir que, naturalmente, el dañado sólo puede pretender la indemnización una sola vez del perjuicio por él sufrido. Pero el concurso existente determina la posibilidad de escoger libremente el ejercicio de una u otra acción de responsabilidad (y, por tanto, en su caso, de demandar a uno u otro sujeto responsable). También se pueden ejercitar simultáneamente ambas acciones de responsabilidad (demandando, en su caso, a la vez a dos o más sujetos responsables), pero, entonces, habrá que hacerlo con carácter alternativo o subsidiario. Un ejercicio sucesivo de las dos acciones concurrentes de responsabilidad, sólo puede admitirse en aquellos casos en que, tras el ejercicio de una de ellas, hayan quedado ciertos daños sufridos sin indemnizar, y se pretenda, por la otra vía, la reparación de estos daños no cubiertos (p. ej., si se piensa que la limitación de daños indemnizables del párrafo primero del art. 1.107 C.c., no juega en el terreno extracontractual, se ejercerá la acción extracontractual para la indemnización de los daños que la aplicación de esta norma haya dejado no cubiertos en el terreno contractual).

3.2. La segunda de las razones que aduce el TS para hacer aplicación dentro del ámbito contractual, y, en concreto, al supuesto de la sentencia comentada, del art. 1.903-IV C.c., es del siguiente tenor:

«Porque la responsabilidad derivada del art. 1.903 del Código civil es una responsabilidad directa [en el sentido de principal], no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho —sentencias de esta Sala de 22 de junio de 1988 (R.A. 5124), 17 de junio de 1989 (R.A. 4696), 30 enero de 1990 (R.A. 74), por citar alguna de las más recientes—».

Lo primero que se nos dice aquí, es una gran verdad: la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario *ex art. 1903-IV C.c.* es una responsabilidad principal, mientras que, en cambio [con independencia de que este diverso tratamiento legislativo no tenga fácil justificación], la responsabilidad civil extracontractual indirecta del empresario por los delitos o faltas de sus dependientes, *ex art. 22 C.p.*, es de carácter subsidiario.

Ahora bien, con ser ello cierto, no se ve qué tenga que ver esto con la aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el terreno contractual.

Y más aún, siendo ello así, no se comprende que el TS no haya reparado que, al confirmar, tal cual, el fallo de segunda instancia (antigua AT de Madrid) —vid. FD primero—, confirma, también, en contradicción con lo recién transcrito, una condena a la responsabilidad de la sociedad codemandada que tiene, precisamente, carácter subsidiario, respecto de la condena a la responsabilidad del otro codemandado (el médico interviniente).

En cambio, a mí no me parece indiscutible (con apoyo en el art. 1.904 C.c., y análogo en el art. 22 C.p.) que el fundamento de la responsabilidad del principal *ex art. 1.903-IV C.c.* sea una culpa personal suya *in eligendo* o *in vigilando*, —y, por tanto, creo sostenible que la contraprueba del art. 1.903 *in fine* C.c. no sea aplicable al empresario frente a la víctima del daño (sino que lo sería frente al dependiente, a efectos del regreso contra él)—; pero, de todas formas, lo que es evidente, es que la diversa naturaleza, objetiva o subjetiva, de la responsabilidad indirecta del empresario *ex art. 1.903-IV*, no altera sus posibilidades de aplicación en el terreno contractual. A estos efectos bastará, como sucede en el caso, que se den los presupuestos de aplicación propios de la norma: un daño ilícito culposamente causado por el empleado del principal en el ejercicio de sus atribuciones propias. Siendo ello así, responde extracontractualmente el principal por su empleado, frente a la víctima del daño, aunque ésta sea, además, acreedora del principal y tenga, cumulativamente, acción de responsabilidad contractual indirecta contra dicho principal/deudor (por el hecho de su auxiliar-empleado que, además de significar un ilícito civil aquiliano desencadenante de la responsabilidad personal del tercero-auxiliar, determina, simultáneamente, en el marco de la obligación del deudor/principal, al serle imputada a éste jurídicamente la conducta de su auxiliar-empleado, el incumplimiento de dicha obligación).

3.3. Por último, la tercera razón esgrimida por el TS es la que literalmente sigue:

«Porque en el presente supuesto litigioso, la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la «Clínica Janos», que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», en cuanto propietaria de la meritada clínica, también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio».

Como ya he adelantado, entiendo que este razonamiento del TS debe rectificarse. El médico causante del daño, era un *tercero, extraño* al contrato de servicios médicos concertado, como el propio TS dice, en-

tre la cliente y la sociedad propietaria de la clínica odontológica. Por tanto, la responsabilidad personal de aquel médico frente a la cliente por él dañada sólo puede ser de naturaleza *extracontractual* (ex art. 1.902 C.c.).

Deudora de la prestación médica-odontológica profesionalmente correcta, era, pues, frente a la cliente, *exclusivamente* la sociedad codemandada. Y, por tanto, también sólo ella la potencial responsable *contractual* por la defectuosa realización de la cura odontológica debida.

Hecha esta rectificación, sí resulta verdad —y estos son los argumentos doctrinales clásicos para defender la responsabilidad contractual indirecta del deudor por los terceros que utiliza como auxiliares de su cumplimiento— que el deudor de una determinada prestación no puede quedar desvinculado de su obligación, frente a su acreedor, por el simple hecho de encomendar (en mayor o menor medida) su cumplimiento a un tercero, cosa que, en principio —mientras no se trate de prestaciones personalísimas: lo que no era, en efecto, el caso de la sentencia comentada: alguien que se dirige a una clínica, para que le atienda cualquiera de los profesionales que integran su plantel médico—, puede hacer. Pero esa libertad que normalmente se le concede al deudor para organizar su actividad de cumplimiento (con mayor o menor recurso a la actividad de terceros colaboradores), en tanto que no altera su condición de deudor (mientras que el acreedor no lo consienta: art. 1.205 C.c.), no debe suponer perjuicio para el acreedor, que confió, desde que la obligación (contractualmente) se contrajo, bien en la capacidad de cumplimiento de su deudor (por sí y por otros), bien, alternativamente, en el potencial de responsabilidad de su patrimonio.

Pero, claro, estos argumentos que se asientan sobre la condición (*mantenida*, pese al empleo de terceros auxiliares) de *deudor* del principal, lógicamente conducen a donde el TS, paradójicamente, no ha llegado: a la afirmación de la responsabilidad *contractual* indirecta —del deudor/principal (la sociedad) por el tercero que ha utilizado como auxiliar de su cumplimiento (el médico interviniente y causante del daño)—, y no, como el TS hace, de la *extracontractual* indirecta.

4. En resumen, en el caso de la sentencia comentada, el TS ha podido afirmar correctamente la responsabilidad civil de la sociedad codemandada por el daño causado por el médico empleado suyo, sobre la base del art. 1.903-IV C.c.; y lo ha podido hacer, porque, *pese* a la condición de deudora de la sociedad responsable respecto de la víctima del daño (acreedora, a su vez, frente a aquélla, de un correcto tratamiento odontológico de endodoncia), *también* concurren autónomamente los presupuestos de la responsabilidad *extracontractual* indirecta regulada en dicha norma.

El TS ha silenciado, sin embargo, que con la responsabilidad *extracontractual* indirecta de la sociedad demandada concurría la responsabilidad contractual indirecta de la misma (como deudor/principal por el hecho de un tercero utilizado como auxiliar de cumplimiento), expe-

diente que, por cierto, resultaba de aplicación más clara y palmaria —menos dificultosa de razonar—. Utilizando el cual, a la sociedad recurrente se le podía haber contestado que, aun no respondiendo *extra-contractualmente*, por su dependiente, frente a la paciente-acreedora (pero, en efecto, también respondía *concurrentemente* de esta otra manera), sí respondía *contractualmente* como deudora de su cliente, por el hecho dañoso de su auxiliar de cumplimiento, que entraña infracción de la obligación que une a los dos primeros (responsabilidad contractual indirecta).

Afirmación ésta que postula, claro, el reconocimiento en nuestro Derecho de un principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento. Reconocido el cual, y como una aplicación más del mismo, es obvio que los titulares (personas físicas o jurídicas) de centros clínicos, responden frente a los clientes-pacientes de éstos, por las deficiencias en la asistencia médica u hospitalaria de su personal (médicos, enfermeros, personal de servicios), pues ambos aspectos (cuidados médicos y hospitalarios: manutención, alojamiento, higiene) son contenido prestacional de la obligación del ente clínico frente a sus pacientes-clientes (5).

5. Si en el caso de la sentencia comentada, por tratarse de un tercero auxiliar del deudor/principal, que era, simultáneamente, su dependiente, cabía una aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el ámbito contractual, otras veces, tratándose de terceros auxiliares independientes o autónomos, tal aplicación no resulta posible.

Ocurre, sin embargo, que el sustancial desconocimiento de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares como principio general, hace que el TS se empeñe en resolver también estos otros casos con el recurso al art. 1.903-IV C.c., lo que, naturalmente, sólo puede hacerse a costa de inevitables forzamientos y contradicciones.

Ejemplo de lo que digo ahora, puede considerarse el caso resuelto por la sentencia TS 10 mayo 1984 (R.A. 2405), relativa a un supuesto de transporte de mercancías.

Los hechos, en resumen, eran estos: una determinada compañía (Humet Hidráulica, S.A.), concertó con una empresa de transportes (Müller y Cía), el transporte, desde Alemania a Palencia, de determinada maquinaria (en concreto, una prensa oleo-hidráulica). Para la realización del trayecto Irún-Palencia, Müller subcontrata el transporte con otro transportista (Transportes Celes). Y es, precisamente, en el curso de ese trayecto, cuando, a causa de la negligencia del conductor de Celes —que frena con demasiada brusquedad, en una curva peraltada, llevando una muy pesada carga (más de 90 Ton.)—, la maquinaria transportada se desprende de sus anclajes, cae a la calzada y se daña.

(5) Vid., p. ej., HANAU/Münch. Komm. cit., Rd. Nr. 22; LÖWISCH/STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1979 (12.^a ed.), § 278, Rd. Nr. 52.

Como la prensa estaba asegurada, es la compañía aseguradora (Técnica Aseguradora S.A.) quien, tras pagar a Humet la oportuna indemnización, se subroga en las acciones de ésta contra los eventuales responsables. En base a esa subrogación, la aseguradora demanda a Müller, a Celes y al conductor de éste. El Juzgado desestima la demanda; la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, condenando solidariamente a los tres demandados, y el TS desestima el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Lo que encuentro, personalmente, de criticable en este fallo —y es, por otra parte, el resultado de haber desconocido la responsabilidad contractual indirecta como principio general—, es que el TS asienta, *indiscriminadamente*, la responsabilidad solidaria de los tres demandados, frente a la aseguradora subrogada y demandante, en las normas de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y 1.903 C.c.).

Pienso, como digo, que la razón verdadera de ello, estriba en que el TS no supo encontrar fuera del terreno extracontractual (en el contractual) un fundamento general para hacer a alguien responsable por otro. Por ello, pese a la existencia del *contrato* y el *subcontrato* de transporte, el TS se empeña en situar, obsesivamente para todos los implicados en él, el caso en el ámbito de los arts. 1.902 y 1.903 C.c., so pretexto que el accidente de circulación ha roto toda conexión con los dos contratos de transporte, y recordando la conocida doctrina jurisprudencial —p. ej. sentens. 14 de abril 1981 (R.A. 1540); 8 noviembre 1982 (R.A. 6534), 9 marzo 1983 (R.A. 1463); 10 mayo 1984 (R.A. 2405) (6)— (en sí misma correcta, pero no siempre aplicada con fortuna por el Alto Tribunal), de que no todo daño producido entre partes contractuales tiene carácter contractual, ni la existencia de un contrato impide, por ende, la posible aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

Tal empeño, aunque bienintencionado (a la búsqueda de un fundamento que permitiese hacer responder a todos los responsables implicados), resultaba, obviamente, vano. Tanto el transportista principal (Müller), como el subtransportista (Celes), debían, evidentemente, a sus respectivas contrapartes contractuales, un transporte adecuado o conforme a la naturaleza de la cosa transportada (su peso y volumen, en concreto; su naturaleza delicada, también). Hay, por tanto, una contradicción insalvable entre la negación del TS de la existencia de responsabilidad contractual *alguna*, y la afirmación, por otro lado, de que el conductor de Celes cometió una imprudencia-negligencia o actuó con impericia, al no adecuar su conducción, al tipo de carga que llevaba y a las concretas circunstancias de la ruta.

(6) Cfr. YZQUIERDO, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, 1991, pp. 443 y ss., y allí, pp. 475 y ss.

Pero, además, el TS se tropieza con otro obstáculo, que es producto de su propio errado planteamiento. Si sobre la base del art. 1.902 C.c. podía afirmarse, sin esfuerzo, la responsabilidad extracontractual personal del conductor de Celes frente a la aseguradora subrogada, y sobre la base del art. 1.903 C.c., la responsabilidad extracontractual indirecta, frente a dicha aseguradora, de Celes por su empleado: ¿cómo afirmar, en cambio, la responsabilidad extracontractual de Müller, siendo así que ni Celes, ni el conductor de éste, son empleados o dependientes de Müller?

Para sortear este obstáculo (hecho valer, correctamente, por Müller en el recurso de casación, como uno de los motivos del recurso, en que se denunciaba infracción del art. 1.903 C.c.), el TS debe realizar una inaceptable pirueta, y así, convierte, para el tramo Irún-Palencia, en que aconteció el accidente, tanto a Celes como a Müller en transportistas, y en tanto que tales, ambos principales del conductor personalmente responsable, a los efectos de poder aplicar el art. 1.903, también respecto de Müller.

Con tal sorprendente afirmación, el TS contradice sus propias premisas: si como dice el mismo TS, el deudor de la totalidad del trayecto (Müller), subcontrató una parte de él (el tramo Irún-Palencia) con otra empresa de transportes (Celes); entonces, forzosamente, hay que concluir que, así como *en las relaciones con el acreedor del transporte* (Humet), Müller nunca había dejado de deber la totalidad del trayecto (y, por ello, responde por los auxiliares, también autónomos, utilizados para realizar una parte de él); en cambio, *en las relaciones con Celes* y para el trayecto Irún-Palencia, como se desprende de la propia existencia del subcontrato de transporte, Müller era el *acreedor* del transporte (*no* transportista), y Celes su deudor-transportista, y empresa autónoma, por demás. Faltaba, pues, toda relación de dependencia entre Müller y Celes [y, por otra parte, toda responsabilidad derivada del transporte Irún-Palencia era, entre ellos, una cuestión de responsabilidad *contractual*: de incumplimiento del subcontrato de transporte], y también entre Müller y el empleado de la empresa subcontratada (una empresa distinta: Celes). El art. 1.903 era, pues, *inaplicable* a efectos de sentar la responsabilidad de Müller frente a la aseguradora subrogada en la posición del acreedor de Müller por el transporte completo (Humet) [también en este ámbito de relación subjetiva, entre un acreedor y su deudor, derivada de un contrato de transporte, la responsabilidad de Müller no podía ser sino *contractual*].

Müller debía a su comitente (Humet) la totalidad del trayecto Alemania-Palencia. El haber utilizado un transportista autónomo para una parte del trayecto debido, convierte a éste (Celes) en su auxiliar de cumplimiento, y al empleado-conductor de este último en subauxiliar del primero. La responsabilidad de Müller frente a su comitente (o, en su lugar, frente a la aseguradora subrogada), por los daños derivados de la defectuosa-imperita realización del *transporte por él debido*, en

el tramo Irún-Palencia, es, pues, una *responsabilidad contractual*, aunque por su auxiliar y su subauxiliar (o sea, *indirecta*, por otros).

El comitente de Müller (Humet), y, con él, la aseguradora subrogada en su posición, era, en cambio, *extraño* al contrato de subtransporte, que (sólo) mediaba entre Müller y Celes: la responsabilidad *personal* del conductor de Celes, frente a dicho comitente o a la aseguradora subrogada, no podía ser sino *extracontractual* (ex art. 1.902 C.c.), como *extracontractual (indirecta ex art. 1.903-IV C.c.)* era, también, la responsabilidad del principal de ese empleado (Celes) frente a ese mismo comitente (o aseguradora subrogada).

En las relaciones internas entre Müller y Celes, el primero es acreedor del transporte Irún-Palencia, y, por tanto, Celes responde frente a él, en tanto que deudor de dicho transporte, *contractualmente*, por los daños derivados de la utilización de su auxiliar (el conductor de Celes). Sobre esta base (la responsabilidad *contractual indirecta* de Celes por su auxiliar de cumplimiento), Müller podría *regresar* contra Celes, por lo que el primero haya tenido que pagar a su acreedor (a la aseguradora subrogada en la posición de éste). Curiosamente el TS también habla de un posible regreso de Müller contra Celes, pero así como desde el planteamiento aquí defendido, tal regreso resulta lógico —apoyado en la responsabilidad *contractual indirecta* de Celes—, en la perspectiva del TS resulta *absurdo*: ¿sobre qué base puede, admitido que Celes y Müller sean coprincipales del conductor de Celes, un principal (Müller) regresar contra el otro?.

6. Afirmar la responsabilidad contractual del deudor por los terceros que utiliza como auxiliares de su cumplimiento, en aquellos casos para los que no exista una norma expresa (p. ej., arts. 1.596, 1.784, 1.890 C.c.) que la sancione, presupone, desde luego, como he dicho ya, aceptar la admisión por nuestro ordenamiento de un principio general (inexpresado como tal) en ese sentido. Así lo he sostenido yo precedentemente, por razones que aquí no desarrollaré (7), y, sobre todo, así lo defiende, también, un autorizado y progresivamente creciente sector de nuestra doctrina (8), por razones cuya exposición ahora procede igualmente ahorrar.

(7) Vid. *La responsabilidad contractual cit.*, pp. 561 y ss., espec., pp. 573 y ss.

(8) Vid., p. ej., TORRALBA, *op. cit.*, pp. 1152 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993 (4.^a ed.), pp. 592 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1990, (6.^a ed.), pp. 218 y ss.; CRISTOBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», en *ADC* 1989, pp. 5 y ss., y allí, pp. 12 y ss. [*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1989, pp. 135 y ss., y allí, pp. 141 y ss.]; PANTALEÓN, «El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, 1991, p. 1019 y ss., y allí, p. 1058, sub b); PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, en anotaciones a ENNECCERUS/LEHMANN, *Tratado Enneccerus/Kipp/Wolff*, II, vol. 1.^o, Barcelona, 1954, pp. 237-238.

Lo que resulta más chocante, es que el propio TS, haciéndose eco de la opinión de la doctrina científica, también ha proclamado recientemente ese carácter general, en nuestro Derecho, de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de cumplimiento.

Lo ha hecho sí, en, al menos, dos sentencias, pero, en ambas, con un carácter marcadamente incidental —en casos que nada tenían que ver con la responsabilidad contractual indirecta—, lo que explica, creo, que esa proclamación doctrinaria coexista con la comprobada ausencia de aplicación efectiva (el desconocimiento sustancial) de tal principio general en casos en que claramente procedía supuesto el reconocimiento de dicho principio.

Las dos aludidas sentencias —en ambas actuó como ponente el Excmo. Sr. D. José Santos Briz— son de 22 de junio 1989 (R.A. 4776) (9) y 1 marzo 1990 (R.A. 1656) (10), cuya doctrina coincidente en el punto que nos interesa, es la que sigue:

«La responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código civil, como el alemán (parágrafo 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como el del citado artículo 292 C. com. [norma que nada tiene que ver con esta materia, pero cuya cita se explica por la confusión en que se mueven las dos sentencias, de la que luego se hablará] y el del 1.596 C.c., en la esfera contractual, y en la extracontractual el art. 1.903, párrafo cuarto y el 1.904 del C.c., de modo que, aun sin norma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y dependientes, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius commodum eius est periculum*. Consecuencia obligada, pues (11) el cliente confía en la formalidad y en la reputación comercial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación

(9) También en *CCJC*, 20, 1989, pp. 583 y ss., con comentario de GORDILLO.

(10) También en *CCJC*, 22, 1990, pp. 319 y ss., con comentario de RODRÍGUEZ MORATA.

(11) Cuanto sigue en la cita, es traducción literal, prácticamente completa, del siguiente texto de LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, 14.^a ed. p. 297): «der Kunde verlässt sich in der Regel auf die Zuverlässigkeit, den geschäftlichen Ruf desjenigen mit dem er abschliesst, und erwartet mit Recht, dass dieser ihm für eine ordnungsgemäße Ausführung einsteht, mag er sie nun persönlich vornehmen oder durch Gehilfen vornehmen lassen. Daher ist die Garantieflicht zum mindesten der Vertragsschuldners für das ordnungsgemäße Verhalten der von ihm zur Vorbereitung oder Ausführung der geschuldeten Leistung zugezogenen Gehilfen ein unabweisbares Postulat des rechtsgeschäftlichen Verkehrs».

de garantía que ha de asumir el principal; al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados, encargados por él de la preparación y ejecución de la prestación debida».

Como ya he advertido, sin embargo, la proclamación de esta doctrina se hace en las dos indicadas sentencias con carácter marcadamente incidental, en el contexto de sendos casos en los cuales lo que verdaderamente se planteaba, era el alcance, frente al representado, de la actuación representativa de su representante frente a un tercero.

Por ello, quienes han tenido ocasión de comentar estos fallos, aun aplaudiendo la consagración, por vez primera en la jurisprudencia española, del carácter general de la responsabilidad contractual indirecta, han denunciado cómo tal consagración se produce fuera de contexto y en abierta confusión con expedientes de vinculación representativa (12).

Por mi parte, en conformidad con tales denuncias doctrinales y en contra de la confusión de expedientes jurídicos que se produce en las dos repetidas sentencias, haré aquí el siguiente sucinto esbozo de distinción entre los mecanismos:

a) *Del apoderamiento* (expreso, tácito o sobrevenido por vía de ratificación —también expresa o tácita—; expedientes entre sí contradictorios: si hay poder expreso suficiente, no puede hablarse de apoderamiento tácito, ni de ratificación sobrevenida, que presupone la falta o insuficiencia iniciales de poder, expreso o tácito, por parte del representante), como medio de vincular al representado con el tercero frente al que actúa el representante, porque existe en este último un *poder representativo suficiente* (legal o voluntario, expreso o tácito, *ab initio* o sobrevenidamente) para producir ese efecto.

b) *De la representación aparente*, como expediente por el cual la ley vincula al representado con el tercero con el que contrata el *falsus procurator*, *falso de poder representativo* o *con poder insuficiente* (por esto, se trata de un mecanismo de vinculación representativa incompatible con la existencia de apoderamiento suficiente —expreso o tácito— en el representante, o de ratificación —igualmente, expresa o tácita—), sobre la base de una apariencia representativa y la buena fe del tercero.

Y c) *de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares*, como un medio para hacer responder, a quien ya *está obligado* (por su propia actuación, por vía representativa —apoderamiento expreso o tácito, ratificación expresa o tácita—, o por vía legal: representación aparente), como *deudor*, por los terceros que (*sean* o *no*, simultáneamente, sus re-

(12) Vid. GORDILLO, *op. cit.*, p. 589 y ss.; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pp. 326 y ss., que, sin embargo, nos atribuye a GORDILLO y a mí, de forma completamente peregrina, una confusión que no padecemos; BARCELÓ, en *ADC*, 1991, pp. 460-461 (que comenta allí la más reciente de las dos sentencias citadas).

presentantes) utiliza como colaboradores en la realización de su cumplimiento debido. En este último caso, se trata, como se ve, no de obligar a alguien que no lo estaba, sino de hacer responder por otro a quien, estando ya obligado, lo utiliza como auxiliar de cumplimiento. Por tanto la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, *no* es un expediente para vincular a alguien fuera o más allá de los casos en que corresponde conforme a los principios generales de la representación (porque existe poder suficiente, porque hay ratificación, porque hay representación aparente), sino que, precisamente, porque presupone una obligación ya existente en el deudor —que si no, claro, no sería tal—, presupone la normal aplicación de tales principios generales.

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz