

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La responsabilidad del deudor por sus auxiliares

Por ANGEL CRISTOBAL MONTES

Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza

1. Salvo que se trate de las obligaciones *intuitu personae*, el deudor, a la hora del cumplimiento de su débito, puede hacerlo personalmente o por medio de otra persona. Ello constituye una prerrogativa natural de todo obligado, no perjudica en nada al acreedor, al que le es indiferente recibir la prestación debida de manos del deudor o de un subordinado suyo, y permite la agilización y dinamización del tráfico jurídico al multiplicar las formas de atender al cumplimiento de las obligaciones (1).

Es indiferente al respecto que las personas que el deudor llama a colaborar con él en la ejecución de sus contratos hayan recibido o no poder de representación, pues lo determinante viene dado por el hecho de que una persona distinta del obligado, pero auxiliar, subordinado, dependiente o representante de él, va a aparecer involucrado en un momento tan delicado como el de la realización de la prestación que se adeuda. ¿Qué ocurre si por acto suyo ésta resulta de imposible verificación? ¿Responderá o no responderá el deudor?

Los sujetos que participan en actividades negociales lo hacen, de ordinario, sobre la base de la confianza que les merece la contraparte y la seguridad de que, llegado el momento, los acuerdos serán cumplidos, bien por el propio deudor o bien por alguna otra persona incorporada a su radio de acción, extremo este último que es indiferente en un tráfico jurídico despersonalizado, masificado y mecánico. Por ello resulta del todo natural que, ocurrido aquel evento, el perjudicado pueda reclamar al deudor, porque la ampliación de la esfera de actuación de éste mediante el empleo de auxiliares es algo que él mismo ha decidido y redundará en su propio beneficio, ya que, como escribe Messineo, estamos ante el caso del empresario que, teniendo de ordinario colaboradores en las propias dependencias, se vale de

(1) CRISTÓBAL MONTES: *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986, pp. 50 y ss.

ellos para el cumplimiento de sus obligaciones, algo que no resulta lejano ni difícil de encajar con el principio *ubi commoda, ibi incommoda* (2).

La situación la ha captado perfectamente Larenz al reseñar que si semejante posibilidad no supusiese una ampliación de la esfera de responsabilidad 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. «Cuántas más personas auxiliares contraten —escribe gráficamente el gran civilista alemán—, por ejemplo, un comerciante, un artesano o un empresario, y cuanto menos coopere por sí mismo en la ejecución de los contratos de obra o suministro concertados con sus clientes, tanto menor sería la perspectiva del cliente para la 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» (3).

2. En Derecho romano, a lo que parece, la regla general en esta materia fue la de que, normalmente, el deudor no era responsable de la culpa de sus dependientes o agentes, salvo que él mismo hubiera incurrido en *culpa in eligendo* o en *culpa in vigilando* respecto a la elección y seguimiento de ellos. Tan sólo en algunos supuestos excepcionales el deudor resultaba responsable de las acciones u omisiones culposas de sus subordinados aun sin haber incurrido en dichas modalidades de culpa, tal cual ocurría cuando alguien ponía al frente de su negocio mercantil a un encargado con amplios poderes (*institor*) o en la responsabilidad del contratista de una obra (*locatio conductio operis*) por la negligencia de sus operarios o trabajadores (4). En el mismo sentido, para Ferrera, en el Derecho romano clásico la responsabilidad por los auxiliares se exigió en el *receptum*, en la relación *institoria* y en el *locatio conductio operis* (5).

En los Derechos modernos, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento obligacional causado por sus auxiliares se halla recogida de manera general en los Códigos civiles de mejor factura técnica. Así, según el artículo 1.228 del Código civil italiano de 1942 «salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos»; y, a tenor del párrafo 278 del B. G. B., «el deudor ha de responder con el mismo alcance

(2) MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, IV, Buenos Aires, 1955, p. 236.

(3) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, Madrid, 1958, p. 294.

(4) CRISTÓBAL MONTES: *Curso de Derecho romano. Derecho de obligaciones*, Caracas, 1964, pp. 115-116.

(5) FERRARA: *Responsabilità contrattuale per fatto altrui*, [en «Scritti Giuridici», II, Milán, 1954, pp. 63 y ss; D. 4, 91; D. 19, 2, 25, 7; D. 19, 2, 13, 5.

que en la culpa propia de la culpa de un representante legal y de la de las personas que se sirve para el cumplimiento de su obligación». En parecidos términos se expresa el artículo 800 del Código civil portugués de 1967 y el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones, mientras que la admisión del principio tampoco plantea mayores problemas en los ordenamientos anglosajones que aceptan sin ambages el juego de la regla *qui facit per alium, facit per se*; en cambio, en el Código civil francés y en la mayor parte de los que toman de él inspiración falta una pauta genérica que consagre la responsabilidad por los auxiliares.

En nuestro Código civil falta también una prescripción general al respecto, aunque existen bastantes preceptos que contemplan supuestos concretos de la materia en estudio. Así, en el artículo 1.564 se establece la responsabilidad del arrendatario por el deterioro causado por las personas de su casa; según el artículo 1.596, el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra; en los artículos 1.601 y 1.602 respecto a los conductores de efectos por tierra y por agua se remite a lo previsto en el artículo 1.784; en el artículo 1.721 se exige responsabilidad al mandatario por la gestión del sustituto cuando no se le dio facultad para nombrarlo o cuando habiéndosela dado, pero sin designación de persona, el nombrado es notoriamente incapaz o insolvente; a tenor del artículo 1.874, el fondista o mesonero responde de los daños ocasionados en los efectos de los viajeros por los criados o dependientes; en el artículo 1.890 se impone al gestor que delegue en otra persona todos o algunos de sus deberes la responsabilidad por los actos del delegado; y otros que podrían espigarse a lo largo del articulado de nuestro primer Cuerpo legal.

3. Como fácilmente se comprenderá, la cuestión básica en el tema que nos ocupa reside en determinar, caso de que la obligación resulte incumplida por acto del auxiliar, si el deudor resultará responsable sólo cuando él, a su vez, haya incurrido en culpa (criterio subjetivo) o si, por el contrario, asumirá la responsabilidad del incumplimiento al margen de su culpa (criterio objetivo). La doctrina tradicional, amparada en los precedentes romanos y en el clásico principio de que no hay responsabilidad sin culpa, exigía para que el deudor pudiera ser responsable del incumplimiento acaecido por actos de sus subordinados que hubiese incurrido en *culpa in eligendo* o *in vigilando* respecto a los mismos, postura que pronto se habría de manifestar contraria a los requerimientos del comercio y adversa a la fluidez y conveniencia de los negocios.

Se plantea la cuestión, en tal sentido, de si el deudor sólo debe responder por sus auxiliares cuando haya incurrido en culpa o si también asume dicha responsabilidad, aunque no esté incurrido en culpa, por el hecho objetivo de haberse servido de la actividad de otra persona para la consecución de sus fines. Se advertirá que por más que

se prescinda de la responsabilidad contractual del deudor inculpable, siempre cabrá la responsabilidad extracontractual del auxiliar causante del daño injusto *ex artículo 1.902*, e, incluso, la responsabilidad subsidiaria de aquél a través del juego del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código civil; pero ello se juzga insuficiente.

En tal sentido, se señala que la situación del acreedor resultaría peor cuando el deudor actúa a través de auxiliares que cuando lo hace personalmente, algo que tiene poco sentido dadas la existencia de la empresa y la generación de objetiva confianza que el primer supuesto entraña, sin que semejante defecto pueda cubrirse de manera cumplida mediante el juego de la *culpa in eligendo* o *in vigilando* ni a través de la responsabilidad por hecho ilícito. Las exigencias de la economía moderna, la rapidez y la seguridad del tráfico jurídico, y la cada vez más fuerte presencia del principio de la protección de la confianza en la apariencia razonable hacen que se vaya imponiendo la idea de que, según resalta Larenz, el fundamento de la responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento no puede encontrarse en la culpa del deudor, aunque sea culpa leve, manifestada en la elección, dirección, instrucciones o vigilancia del auxiliar (6). Basar la responsabilidad del deudor por sus subordinados o dependientes en su negligencia a la hora de elegir o de dirigir a los mismos no resulta adecuado ni conveniente en una economía como la de la hora presente que se estructura en base a grandes empresas, respecto a las cuales el empresario-deudor no tiene influencia directa en la realización del trabajo (Esser). Pretender que la persona jurídica titular de la empresa gigantesca pueda estar al tanto del comportamiento de todos y cada uno de sus miles de asalariados no sólo pugna con la realidad económica del momento, sino que pertenece al reino de la utopía, hasta el punto de que se puede afirmar, tal como hace Díez-Picazo, que la objetivación de la responsabilidad del deudor por los actos de sus auxiliares constituye una exigencia económica y jurídica (7).

4. Mas, ¿supondrá ello que estamos ante un supuesto más de la creciente responsabilidad objetiva del deudor? No parece ser éste un caso de responsabilidad del deudor por el riesgo creado, sino que su existencia y justificación responden a otras circunstancias; situación que le resulta clara a Messineo cuando señala que el artículo 1.228 del *Codice* no contempla una manifestación de la denominada responsabilidad objetiva.

En efecto, aunque un deudor que tiene abierto establecimiento o empresa no haya incurrido en culpa a la hora de seleccionar a sus dependientes o en el control al que los mismos están sometidos, si en base a la actuación de éstos no puede ejecutarse la obligación con-

(6) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 294.

(7) Díez-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, p. 724.

traída en los términos previstos, no podrá alegar, empero, que el evento tiene naturaleza fortuita al objeto de eximirse de responsabilidad, porque, en definitiva, la imposibilidad sobrevenida de la prestación siempre se habrá desencadenado en función de factores en los que está involucrada la voluntad de dicho deudor. Se mire como se mire la situación, difícilmente podrá considerarse que el incumplimiento ha tenido lugar en virtud de sucesos «que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables» (artículo 1.105 del Código civil), ya que, resalta Díez-Picazo, «la producción de los daños o del impedimento de la prestación por causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito» (8).

Existe también la consideración de que cuando una persona incorpora a otras, precisamente en el concepto de auxiliares o subordinados, en su actividad negocial está implícitamente aceptando los resultados de su gestión, ya que de la misma manera que se beneficiará de todas aquellas actuaciones que generen provecho, habrá de asumir también las consecuencias negativas de las mismas (*cuius commoda, eius incommoda*), en cuanto ha puesto en funcionamiento un complejo empresarial en el que no cabe distinguir más que una sola voluntad y en el que la contraparte no puede ser obligada a indagar cuándo queda comprometido o no la responsabilidad del principal. El hecho de que sea el deudor quien, en su propio interés, legitime al tercero a introducirse en la obligación, escribe Delgado Echeverría, inclina a pensar que lo hace a su propio riesgo, también cuando la actuación del auxiliar se desarrolle de forma autónoma, sin relación de dependencia con el deudor (9).

5. La inexistencia en el Derecho español de un precepto general, tal como existe en otros Códigos, que consagre la responsabilidad del deudor por los actos de los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, plantea a la doctrina la interrogante de si cabe inducir dicha regla genérica sobre la base de los concretos supuestos antes apuntados en los que se contemplan diversas manifestaciones de la misma. Ha sido Torralba Soriano quien más se ha aplicado en esta indagación (10).

Respecto a las obligaciones genéricas, considera que en cuanto en ellas juega la regla *genus nunquam perit*, que objetiviza la responsabilidad del deudor en la realización de la prestación, la responsabilidad por los auxiliares resultará evidente, ya que el no parecimiento del género deberá predicarse también cuando el incumplimiento sobrevenga por la actuación de personas empleadas por el deudor.

(8) *Ibid.*

(9) DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil de Lacruz*, II-1, Barcelona, 1985, pp. 237-238.

(10) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en «Anuario de Derecho civil», 1971, pp. 1143 y ss.

Tratándose de obligaciones específicas, estima Torralba Soriano que 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 su virtud, el deudor responderá por sus auxiliares, ya que no cabe alegar la existencia de caso fortuito en razón de que la actividad de sus subordinados no es probable que pueda entenderse como acontecimiento o suceso extraño al deudor.

Cuando estemos en presencia de obligaciones de hacer, deberá distinguirse si se trata o no de una hacer personalísimo del deudor. En el primer supuesto, en cuanto el deudor no podía utilizar auxiliares y, sin embargo, se ha servido de ellos, responderá por culpa propia, aun en el caso de que el incumplimiento se deba directamente al auxiliar. En el segundo caso, en cuanto a tenor del artículo 1.098 del Código civil «si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa», se atenderá a semejante prescripción con independencia de que el incumplimiento se deba de manera directa al deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar, incluso con abstracción de que el incumplimiento fuera o no culpable, 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. Y a parecidas conclusiones puede llegarse en relación a las obligaciones de no hacer en base al artículo 1.099 del Código civil.

Semejante recorrido le permite a Torralba Soriano llegar a la conclusión de que en el Derecho español el deudor es responsable del incumplimiento causado por sus auxiliares, ya que le parece evidente que si la prestación no se ha realizado a causa de éstos, en cuanto su intervención no constituye un acontecimiento fortuito, el deudor continuará obligado a realizar la prestación a favor del acreedor (11). ¿Qué opinar al respecto?

6. Evidentemente, la cuestión no merece plantearse en el caso de obligaciones genéricas, ya que en ellas por la especial incidencia del principio que las preside resulta indiferente el considerar la participación o no de los auxiliares, en razón de que no cabe hablar en propiedad de incumplimiento, habida cuenta de que por la genericidad de la prestación no tiene lugar la imposibilidad sobrevenida de la misma.

En el caso de obligaciones específicas de dar, el problema se plantea al considerar si la destrucción de la cosa debida en manos del auxiliar podrá reputarse caso fortuito y de esta manera eludir el deudor su responsabilidad. Ciertamente, según antes se apuntaba, resulta muy difícil considerar que la actuación del subordinado constituya un acontecimiento «imprevisible o inevitable» para el principal, ya

(11) *Ibid.*, p. 1155.

que la misma se ha incorporado o forma parte de la actividad negocial que despliega, y por ahí puede deslizarse sin mayor esfuerzo la responsabilidad del deudor. Pero una cosa es eso, y otra muy diferente aseverar que «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», pues en base a la literalidad estricta de este precepto la conclusión debería ser la contraria, en razón de que el mismo habla de que «la cosa se hubiese perdido en poder del deudor», y aquí, por definición, partimos de que semejante pérdida se ha producido precisamente en las manos del auxiliar del mismo.

La justificación no debe, por tanto, buscarse por ese lado, que permitiría, más bien, que el deudor alegase la exoneración de responsabilidad o, al menos, reclamase que no juega en su contra la presunción de culpa, sino en virtud de que el mismo no puede invocar como fortuito el hecho de que la cosa debida se haya destruido en poder de sus auxiliares, en cuanto la actuación de éstos forma parte de su propia actuación negocial y ejecutoria de lo convenido, y en cuanto al servirse de subordinados está adquiriendo la posibilidad de extender ilimitadamente su esfera de actividad y, por ende, está asumiendo también todas las consecuencias que de tal circunstancia puedan derivarse. Pero obsérvese que esta es una construcción finalista, que incorpora factores de conveniencia general y de desarrollo empresarial, más que de entraña netamente jurídica, por lo que sólo de manera muy tangencial y secundaria puede servir al respecto la remisión al juego de los artículos 1.182 y 1.183 del Código civil.

Nada que objetar en el supuesto de que tratándose de obligaciones de hacer personalísimas el deudor se haya servido de auxiliares para su cumplimiento. En cambio, cuando estamos en presencia de una obligación de hacer no personalísima no cabe alegar, tal cual pretende Torralba Soriano, que en base a la previsión del artículo 1.098 del Código civil debe concluirse que la misma se ejecutará a costa del deudor «con independencia de que el incumplimiento se deba directamente al propio deudor o a los auxiliares que haya podido nombrar», porque ello constituye una inadmisibles confusión de categorías jurídicas.

En efecto, el artículo 1.098 no se refiere, *stricto sensu*, al supuesto de incumplimiento de las obligaciones, sino al de la ejecución forzosa en forma específica de las obligaciones de hacer, excluyendo en nuestro sistema la aplicación del inconveniente apotegma *nemo ad factum cogi potest*, supuesto en el cual no tiene sentido alguno plantearse la actuación de los auxiliares del obligado. En cambio, la hipótesis cobra pleno significado cuando en virtud de la actividad de éstos la prestación de hacer debida resulta imposible y entonces, al tener lugar el genuino acontecimiento del incumplimiento obligacional, se plantea si será o no responsable el deudor. La explicación debe buscarse por el mismo camino que antes se transitaba respecto a las obligaciones

específicas de dar; en cuanto la participación de los auxiliares en la realización de la prestación asumida por el principal no puede reputarse como acontecimiento fortuito y en cuanto aquéllos no son otra cosa (desde el punto de vista jurídico) que los instrumentos de que se sirve el deudor para dar ejecución a los compromisos que ha contraído, resultará natural que el obligado asuma la responsabilidad por algo que nunca ha salido de su esfera jurídica y aparece directamente sometido a su poder de dirección y mando.

No parece, pues, que el camino seguido por Torralba Soriano para concluir la existencia en el Derecho español de una regla que establezca la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, aunque no haya incurrido en culpa y sólo por el hecho objetivo de haberse servido del dependiente causante del incumplimiento, sea el más adecuado, pues los preceptos del Código civil que en tal sentido quiere utilizar están pensados para hipótesis diferentes o literalmente dicen lo contrario de lo que de ellos pretende derivarse. Los diversos artículos antes comentados que recogen supuestos concretos de responsabilidad del deudor por la actividad de sus subordinados tampoco permiten, en nuestro sentir, inducir una pauta genérica en tal sentido, porque tienen un marcado carácter circunstancial y contingente. ¿Quiere decir ello que no operará en nuestro ordenamiento la aludida regla general?

7. De ninguna manera. Las razones señaladas al principio son tan poderosas y las conveniencias de la solución afirmativa tan determinantes y perentorias que pocas dudas puede haber de que debe admitirse la responsabilidad del deudor por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones. Si el acreedor tuviese que indagar caso por caso si su deudor ha incurrido en culpa *in eligendo* o *in vigilando* respecto a sus dependientes para poderle reclamar o no responsabilidad en el supuesto de inejecución del vínculo obligatorio, el tráfico jurídico sufriría serio quebranto y la expansión del comercio vería peligrar sus propios basamentos. Como con realismo resalta Messineo, dado el carácter orgánico de la empresa, no es posible al tercero perjudicado distinguir cuándo la culpa sea del empresario y cuándo sea del auxiliar, y, además, desde el punto de vista de la solvencia, para el perjudicado es más fácil tener que vérselas, a los efectos del resarcimiento, con la empresa que con el auxiliar (12).

Claro que a estas consideraciones de índole económica-social habrá que buscarles una fundamentación jurídica y, quizá, en tal sentido no sea suficiente la simple remisión al principio *ubi commoda, ibi incommoda*, sino que sea necesario invocar alguna otra argumentación jurídica más próxima y ajustada a la naturaleza del supuesto en estudio. En mi opinión, aunque puede servir en tal sentido el crite-

(12) MESSINEO: *Manual...*, IV, *op. cit.*, p. 236.

rio de la protección de la confianza, en cuanto el que contrata con el principal lo hace bajo la convicción de que éste asume la responsabilidad derivada de los actos de los dependientes, así como la circunstancia de que, de acuerdo a la naturaleza de la prestación a recibir y de las características del sujeto que debe efectuar la misma, se puede considerar que la actividad de los auxiliares resulta contractualmente asumida por éste (Díez-Picazo dice que dicha actividad «se encuentra implícita en la voluntad contractual»), el principal argumento jurídico en pro de la responsabilidad del deudor al margen de su culpa se encuentra en el hecho de que la actuación de los dependientes no podrá reputarse como fortuita a la hora de contemplar la globalidad del incumplimiento de la relación obligatoria.

El deudor sólo puede exonerarse de responsabilidad si acredita que el acontecimiento que provoca la imposibilidad de la prestación debida no le es imputable, o sea, reviste la condición de fortuito. Ahora bien, cuando ha designado personas que se van a ocupar del cumplimiento de los compromisos asumidos, la idea de «causa extraña no imputable» queda *a priori* excluida, porque lo que está haciendo es diversificar su actuación y extender el campo de operatividad de la misma mediante el juego de otros sujetos que, desde el estricto ángulo jurídico, no son más que instrumentos o prolongación suya. El deudor ha ampliado su radio de acción y pone *motu proprio* en funcionamiento un mecanismo de cumplimiento de sus obligaciones que en todo momento queda bajo su dirección y control, por lo que no debe extrañar que le sea imputable, en principio, lo que ocurra en razón de aquél, ya que, como bien dice Díez-Picazo, la «causa procedente del círculo de actividad del deudor excluye su carácter fortuito». Resulta del todo natural, en consecuencia, que el deudor asuma plenamente la responsabilidad del incumplimiento derivado del acto del auxiliar, habida cuenta de que la intervención de éste se debe a la iniciativa voluntaria de aquél, y, en definitiva, es el deudor el que «aparece como causa original del daño, en tanto en cuanto es él quien pone al auxiliar en condiciones de poder ser causante inmediato del mismo» (13).

8. Si, como se ha visto, la tónica debe ser que el deudor responde por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones aunque no haya incurrido en *culpa in eligendo* o *in vigilando*, la ulterior cuestión a plantearse es la de si semejante responsabilidad será exigible también al margen de la culpa de los propios auxiliares.

El parágrafo 278 del B.G.B. habla de que «el deudor ha de responder con el mismo alcance que en la culpa propia de la culpa de...». Y a tenor del artículo 1.228 del *Codice civile*, el deudor que utiliza terceros para ejecutar sus compromisos, «responde también de los

(13) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares...*, loc. cit., p. 1157.

hechos dolosos o culposos de ellos». En cambio, una previsión de ese tipo no se encuentra en el artículo 101 del Código suizo de las obligaciones, ya que el mismo se limita a establecer que el deudor «será responsable frente a la otra parte de los daños que causen (los auxiliares) en el cumplimiento de su trabajo», lo que permite sostener a Von Tuhr que el deudor está obligado a resarcir al acreedor el daño causado por el auxiliar aunque éste está exento de culpa, pues ese daño no se habría producido si el deudor no hubiese infringido su deber nombrando al auxiliar (14); argumento que, con toda evidencia, carece de solidez, ya que el deudor al designar auxiliares para el cumplimiento de sus obligaciones, salvo que se trate de vínculos personalísimos, no está infringiendo deber alguno.

Aunque no faltan autores, como Ferrara, que encuentran acertada semejante exigencia legal, ya que si el hecho de los auxiliares es casual y depende de acontecimientos extraños no cabe exigir responsabilidad al deudor, por tratarse de un suceso fortuito que ha rebasado su esfera de acción (15), lo cierto es que existe una mayoría doctrinal clara en contra de la misma. Así, en Italia, Visintini considera que en cuanto el deudor se hace responsable de la realización frente al acreedor a no ser que la prestación se haya hecho imposible por causa que no le sea imputable, de la misma manera deberá responder en el supuesto de que haya encargado a un subordinado suyo el cumplimiento de la obligación contraída (16).

También en Alemania los autores suelen criticar la solución del B.G.B. señalando que la misma se halla en contradicción con el fundamento mismo de la responsabilidad de los auxiliares, ya que si éste se encuentra en la circunstancia de que por su través el deudor extiende el campo de su actividad económica, parece natural que la responsabilidad de dicho autor se dé aunque no exista culpa de los auxiliares, salvo el caso fortuito; en tal sentido, se llegará a decir que el principio de la culpa había triunfado en el B.G.B. en un dominio en el que estaba definitivamente vencido (Feder). Este es también el parecer dominante en Francia, y así tanto Becque (17) como Soraec (18) consideran que el deudor debe responder, asimismo, de los hechos no culposos de ellos.

En el Derecho español, la ausencia de una prescripción general y expresa que establezca la responsabilidad del deudor por sus auxiliares desanima a los autores a pronunciarse sobre este extremo. Sin embargo, Torralba Soriano considera que en cuanto en nuestro orde-

(14) VON TUHR: *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934, p. 102.

(15) FERRARA: *Responsabilità...*, *loc. cit.*, p. 129.

(16) VISINTINI: *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padua, 1965, pp. 117 y ss.

(17) BECQUE: *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*, en «*Révue trimestrielle de Droit civil*», XIII, 1914, p. 304.

(18) Citado por VISINTINI: *loc. cit.*, p. 118, núm. 155.

namiento y en relación al *id quod interest* lo único que libera al deudor es el caso fortuito, debe afirmarse que el mismo 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 a los daños ulteriores se requerirá que haya culpa del auxiliar, respondiendo el deudor de tales daños por más que él personalmente no haya incurrido en culpa (19). Díez-Picazo, por su parte, se limita a transcribir las palabras de Torralba Soriano sin añadir parecer alguno, por lo que deberá pensarse que las asume plenamente (20).

¿Cuál es nuestro sentir al respecto? La primera impresión que producen los alegatos reseñados es la de artificiosidad e innecesariedad de los mismos. No se entiende, por ejemplo, que Visintini pueda afirmar que resulta contradictorio que cuando el deudor ha encargado a otro el cumplimiento de su obligación deba garantizar sólo la diligencia de éste, mientras que si la ejecuta personalmente, a tenor del artículo 1.218 del *Codice*, debe asegurar no sólo la propia diligencia, sino también el cumplimiento de una prestación útil, con el solo límite de la imposibilidad de la prestación (21), cuando lo cierto es que una y otra hipótesis resultan similares.

En efecto, al establecer el artículo 1.218 del Código civil italiano que el deudor responde del incumplimiento de la obligación si no prueba que el mismo «ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él», está diciendo en terminología rigurosa y moderna lo mismo que decían los viejos Códigos en el sentido de que el deudor responde del incumplimiento en caso de dolo y culpa (*ad exemplum*, artículo 1.101 del Código civil español), por lo que sólo el acontecer fortuito le libera de responsabilidad. Pues bien, similar tratamiento jurídico viene a contemplarse, aunque los términos utilizados sean otros, cuando en el artículo 1.228 se establece que el deudor responderá de los hechos dolosos o culposos de los auxiliares, ya que lo que, en definitiva, resultará es que aquí también la exoneración sólo tiene lugar cuando la prestación debida se ha hecho imposible por causa de un acontecimiento inimputable.

Pienso que sostener la responsabilidad del deudor cuando el auxiliar haya incurrido en culpa no sólo no supone contradicción alguna con el sistema de responsabilidad basado en la culpa, sino que lo contradictorio sería defender lo opuesto, ya que ello implicaría la vinculación indemnizatoria del deudor al margen de la imputabilidad del hecho dañoso. La razón de que el deudor responda por sus auxiliares

(19) TORRALBA SORIANO: *La responsabilidad por los auxiliares...*, loc. cit., p. 1164.

(20) Díez-Picazo: *Elementos...*, I, op. cit., p. 726.

sólo puede descansar en la circunstancia de que la actuación de éstos que ha determinado la imposibilidad de la prestación sea dolosa o culposa, pues en otro caso nos situaríamos fuera del campo de la responsabilidad por culpa y arribaríamos al de la responsabilidad objetiva, algo que, como antes se ha visto, rechazan todos los autores que se ocupan de la materia en consideración.

Esto es, aunque el deudor resulte responsable sin culpa por su parte, siempre deberá existir la culpa del auxiliar si se quiere que la obligación de resarcir de aquél tenga una fundamentación subjetiva. Podríamos decir que la culpa del subordinado se traslada o es asumida por el principal que procedió a su designación, pero en todo caso debe existir para que éste responda, pues de no ser así nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad sin culpa mediata o inmediata, propia o ajena, que resultaría inencajable en el sistema. Aparte de que no acaba de entenderse bien cómo se puede sostener que el deudor responde aunque no haya culpa de sus auxiliares, y, a continuación, se le exonera cuando exista caso fortuito, pues, ¿acaso no coincidirían ambas situaciones en una mayoría determinante de supuestos?

Porque, efectivamente, una cosa es considerar que la actividad del auxiliar no pueda reputarse como acontecimiento o suceso extraño al deudor, y otra, singularmente diferente, que en ausencia de dolo o culpa por parte de aquél quepa excluir que el incumplimiento de la obligación se ha producido por *casus*. Hacer responsable al deudor en ausencia de culpa del dependiente y defender a un tiempo, como no podría ser de otra manera y todos los autores reconocen, que aquél queda exonerado de responsabilidad cuando el incumplimiento obligacional se haya producido por un acontecer fortuito es algo que se encuentra muy cercano a una genuina *contradictio in adiecto*.

9. Señala Larenz que puesto que se exige la culpa del auxiliar en el cumplimiento, sólo responde el deudor cuando aquél tenga capacidad para responder por culpa, si bien en el empleo de un auxiliar no plenamente responsable puede haber culpa propia del deudor, de la que obviamente responderá éste. Asimismo, la conducta del auxiliar ha de considerarse «culposa» cuando desde el punto de vista de la actuación del deudor represente la infracción culposa de una obligación, y se le haya de exigir a aquél el desarrollo de la diligencia, conocimientos y destreza que son exigibles al mismo deudor (22).

En fin, de la misma manera que, dentro de ciertos límites y bajo determinadas condiciones, cabe excluir o limitar la responsabilidad

(21) VISINTINI: *La responsabilità...*, op. cit., pp. 117 y ss.

(22) LARENZ: *Derecho de obligaciones*, I, op. cit., p. 299.

del deudor por sus propio actos, también cabe similar convención en orden a la responsabilidad del mismo por sus auxiliares. Así lo reconocen el parágrafo 278 del B.G.B. y los artículos 1.228 del *Código* y 101 del Código suizo de las obligaciones, incluyendo el primero de dichos preceptos la limitación o exoneración de responsabilidad hasta por la actuación dolosa del auxiliar, lo que no impide como resalta el mismo Larenz, que haya de considerarse como ilícito que el subordinado mismo pacte la exclusión de la responsabilidad por su propio obrar doloso, aparte de que «en estos supuestos de exclusión de la responsabilidad ha de ser examinado en cada caso hasta dónde son tales pactos contrarios a las buenas costumbres o al espíritu de nuestro ordenamiento jurídico» (23).

(23) *Ibid.*

