

á adaptar el concepto (único) á la presencia del vínculo obligatorio.

Las diferencias más salientes entre la culpa contractual y la aquiliana, ¿dependerán, pues, de que aquélla es de orden privado y ésta de orden público (1), por donde la validez, respecto de aquélla, de una indemnización convenida con anterioridad (2), y la legalidad de cláusulas excluyendo la responsabilidad ó limitándola? (3). Consecuencias son todas estas estrechamente ligadas entre sí en relación de causalidad. Así, de estas tres razones de diversidad que quedan notadas, las dos últimas derivan de la primera, á saber: que la culpa contractual es institución de orden privado á causa del vínculo obligatorio en relación con el incumplimiento del cual se la considera. No de otro modo proceden las diferencias en cuanto al grado, porque es sabido que la gradación y prestación de la culpa contractual se informan, por regla general, en la voluntad presunta de las partes, por referirse la injuria á la relación obligatoria en calidad de modificación objetiva que no altera la estructura jurídica de la relación misma, cuando en la culpa extra-contractual se mantiene íntegro el principio del respeto debido al derecho ajeno, sin que se pueda hacer injustamente cosa que de algún modo le ofenda. Hé aquí por qué si en la culpa contractual la consideración á la voluntad de las partes ha informado las disposiciones sobre la medida de la conducta (diligencia), aquí, en cambio, donde domina enteramente la sanción del precepto *no ofender injustamente*, como defensa del derecho protegido por el orden objetivo, no haya, por lo general, cuestión de gradación de la culpa: sea grave, ligera ó ligerísima, da causa válida á la responsabilidad. Por la misma razón, á las partes entre quienes existe el vínculo obligatorio, les

(1) Sainctelette, ob. cit., cap. II, n. 2.

(2) V. la parte I, cap. XI, § 3; Sainctelette, ob. cit., n. 4.

(3) V. la parte I, cap. XIII, § 1; Sainctelette, ob. cit., n. 5.

está concedido (1) aumentar la cantidad de prestación fijada por la ley ó disminuirla: de suerte que á la manera que ese libre querer puede desenvolverse en cuanto al objeto directo inmediato del vínculo, puede igualmente regular la diligencia en el incumplimiento, indicando su silencio en este punto el ánimo de referirse á la disposición de la ley, la cual, por vía de tácito asentimiento, se hace regla del vínculo especial constituido.

Por último, tampoco es otra la razón de la diferencia en cuanto á la prueba. La culpa extra-contractual es de por sí fuente directa de la relación obligatoria especial causante de responsabilidad, y, por consiguiente, el ofendido debe establecer los términos de su razón de crédito por vía de injuria objetiva; la obligación de resarcir depende de la prueba directa de la injuria (objetiva y subjetiva), mientras en el caso de culpa contractual no se impone tal gravamen al acreedor, puesto que el vínculo preexistente impone el cumplimiento, según su naturaleza, y al no hacerlo el deudor está ya presunto en culpa, salvo su derecho á demostrar que en esto no le es imputable defecto alguno de la diligencia que se le impone: de donde se ha querido inferir que la diversidad entre los dos modos de ser de la culpa es de sustancia, sin que, por tanto, sea justo afirmar la unidad de su concepto jurídico. Semejante construcción no es admisible, porque la diferencia en cuanto al peso de la prueba deriva precisamente de la existencia del vínculo obligatorio, que induce por sí, como correspondiente á la justa pretensión del acreedor, el deber jurídico del deudor de cumplirla; y de aquí que si no se obtiene el cumplimiento en los términos establecidos, el acreedor deba demostrar sólo este hecho, y no también la omisión de la diligencia á que el deudor estaba obligado. Obsérvese bien esto: no es que el incumplimiento sea por sí solo la razón

(1) V. la parte I, cap. II, y el cap. IV de esta II parte. Punto es este, como se ha dicho ya, muy debatido.

de la responsabilidad: es que induce la presunción (no más) de que el obligado, al cometerlo, ha causado injuria, porque el vínculo obligatorio obligaba necesariamente al deudor á la ejecución. El incumplimiento implica, por esto, la modificación objetiva de la obligación (sustitución en el objeto), salvo al deudor el derecho de probar que la *ofensa* no le es imputable.

A. Finalmente, la no aplicación en materia de culpa extra-contractual de las reglas en cuanto á las personas incapaces de obligarse, tiene su razón de ser en la falta de vínculo obligatorio respecto al cual se imponga una determinada regla de conducta (1). Lo mismo sucede con el diverso criterio sobre el modo de proceder á la estimación del daño (2). De todo ello se hablará más adelante en su lugar.

16. De todas estas consideraciones sale más firme y claro el criterio puesto como fundamento de la entidad de la *culpa*, demostrándose además que algunas reglas convenientes á las formas que puede asumir no le contradicen; reglas que, lejos de contener alguna modificación á los conceptos generales, son, por el contrario, su explicación en el modo adecuado á cada una y en relación con las cuales se las considera. No puede, pues, ofrecer ya dudas el resultado obtenido, esto es: que la culpa contractual y la extra-contractual son dos aspectos de una misma institución jurídica, que, por lo mismo, tienen normas fundamentales idénticas, si bien se adviertan respecto á cada una algunas particularidades necesarias para comparar lógicamente las exigencias del principio con la aplicación especial suya.

De aquí, como ya hemos tenido ocasión de observar, que no sea posible aplicar indiferentemente en materia de injuria las reglas relativas á la culpa contractual y á la

(1) V. el tomo I de este trabajo, cap. XIV. Disposición expresa del art. 1.547 del Cód. civ. de Chile.

(2) Giorgi, *Sulla colpa nel dir. civ.* (en *Monitor dei Tribunali*, Milán, XXVI, 21).

extra-contractual. Uno es el principio que las rige, cierto; pero las reglas en que se manifiesta se determinan diversamente, según conciernen á la una ó á la otra forma de culpa, y quererlas confundir traería grave ofensa á la ley de la obligación, en ocasión de la cual se aprecia el comportamiento del derecho constituyente de la subjetividad de la injuria (1).

Así, pues, las reglas que la ley establece en materia de culpa contractual no se pueden aplicar á la extra-contractual, ni viceversa. Las dos formas de injuria, en razón al elemento especial de cada una de ellas (obligación precedente), son distintas, y mal se puede confundir el espíritu que informa las disposiciones que contienen como una presunción de voluntad en cuanto á la regla de conducta del obligado, con la razón dominante de las reglas que impone el respeto absoluto al derecho ajeno (2).

16 bis. Se ha dicho «obligación precedente», por lo que parece que, pronunciada la nulidad de la obligación, la existencia de culpa de una parte en daño de otra, respecto á la conclusión de un contrato después aniquilado, deba ser investigada y fijada según las reglas generales de la culpa extra-contractual (3); pero, sin volver ahora sobre el tema de la culpa *in contraendo*, bastará advertir que la posición que las partes asumen en el período preparatorio de la formación del vínculo contractual induce de por sí una relación, un vínculo especial, cuyo contenido es el de obligar á los interesados á conducirse, «respecto á la constitución del vínculo á que el propósito mira», de buena fe, no inducién-

(1) Cons. Sourdat, ob. cit., p. 651 y sig.; Larombière, ob. cit., I. cit., n. 8; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 477; Aubry y Rau, ob. cit., § 446, t. in f. y n. 7; Laurent, ob. cit., XVI, n. 213, y XX, n. 463; Massé y Vergé s. Zachariae, ob. cit., II, § 548; Sainctelette, ob. cit., cap. I.

(2) Cons. la parte I, cap. I y II.

(3) V. el cap. V, § 3.

dose culposamente en error sobre la seriedad y certidumbre del respectivo querer.

Sería inútil insistir sobre la separación profunda que existe entre las dos formas de culpa (contractual y extracontractual), si la doctrina y la jurisprudencia no se informaran á veces en criterios opuestos, justificando, en materia de culpa contractual, la responsabilidad y el pronunciamiento de daños, según las reglas de la culpa extracontractual (1), é intentando conciliar normas enteramente opuestas, declarando que son aplicables á los delitos y cuasi delitos las reglas sobre la culpa contractual cuando la analogía consiente tal extensión (2). Los principios resisten este criterio. ¿Cómo es posible jurídicamente este modo de razonamiento analógico, cuando, si bien se refieren á la misma institución jurídica, las dos formas especiales que comprende como género (injuria) están diferenciadas por características especiales, que de ningún modo deben confundirse?

Cierto que se ha observado que á la manera que la especie deroga al género, así el sistema objetivo sobre delitos y cuasi delitos rige la responsabilidad que nace de hecho ilícito no ligado con el cumplimiento de obligación (3), y que, por lo mismo, cuando la contradicción no sea manifiesta, debe ser compatible con las reglas de la culpa contractual. Sólo que se olvida que no es que esta forma de culpa sea el género y la otra la especie, sino que ambas son dos modos especiales de ser de la «culpa» abstractamente considerada. Por otra parte, si se debiese asignar á una de estas dos formas el mayor contenido del concepto abstracto de *culpa*, sería ciertamente la aquiliana

(1) Por ejemplo, muchos autores tratan la responsabilidad de los posaderos y cocheros como derivada siempre de cuasi delito. Cfr. Giorgi, ob. cit., V, § 278 y sig. V. también Cód. penal español, art. 20; Stat. 19, 20 Vict., cap. LX.

(2) Cas. Roma, 9 Julio 79 (*Foro it.*, IV, 1, 1.003).

(3) Cfr. Giorgi, ob. cit., 140 en f.

la que constituiría el género en relación con la contractual. Mejor dicho: en esta última, el contenido genérico de la culpa está restringido á los términos requeridos por el medio en que se manifiesta, que es el cumplimiento del vínculo obligatorio.

17. Para investigar la profunda distinción que separa las dos figuras de culpa, preciso es ahora saber si pueden concurrir, esto es: que en la misma relación de obligación pueda incumbir al deudor la responsabilidad nacida de culpa contractual y la derivada de culpa aquiliana. No se habla del caso en que el incumplimiento del vínculo obligatorio dé lugar á acción penal, como en el mandato y el depósito, una vez que se sabe que del delito nace, con la acción penal, una acción civil (1). La investigación nuestra se restringe á la hipótesis de la culpa extracontractual propia, el cuasi delito, considerado en relación y en confrontación con la culpa contractual. La divergencia que separa en dos figuras, cada una con características propias, el concepto general de la culpa, ¿se podrá allanar de manera que á veces las dos se encuentren como regla de la misma relación?

La gravedad del problema se manifiesta al advertir las diferencias por que las dos culpas son distintas, especialmente en el grado. Porque si las reglas de la culpa extracontractual se extendieran á una relación de obligación existente, sería lícito pedir indemnización por el daño causado con culpa leve ó levisima, cuando la ley especial de la obligación fijara la responsabilidad en virtud de culpa grave ó leve solamente. Ya se sabe que las partes son enteramente libres de regular la culpa contractual según el régimen de la extracontractual, pudiendo encomendarse á las reglas de la ley sobre ésta; pero no es esta la cuestión.

(1) Cfr. Larombière, ob. cit., l. cit., n. 9; Laurent, ob. cit., XX, 463; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 454 y sig.; Colmet de Santerre, ob. cit., n. 364 bis, V, y sig.

La cláusula contendría siempre el régimen dado á la culpa contractual, y no cambiaría su naturaleza; mientras aquí la dificultad propuesta concierne á la posibilidad de que, siendo distintas las dos formas de culpa, ambas concurren á regular la responsabilidad en la misma relación.

Ya se ha aludido sobre este asunto á las fuentes del derecho griego y romano. A muchos les parece indudable que la doctrina de estos derechos enseña la imposibilidad de que el causante del daño oponga la ley del contrato, á fin de eximirse de la responsabilidad que le incumbiría por hechos lesivos del derecho que tiene cada cual á no ser injustamente ofendido; y, por tanto, el estar obligado el deudor á prestar la culpa leve en las relaciones contractuales, no le da derecho á dañar mediante la levisima; pues de admitirse lo contrario, se concedería al obligado la facultad de dar injuria al acreedor (1). Doctrina es esta cuya rigidez ha sido reducida á términos más templados por la construcción que enseña la ineficacia jurídica de las restricciones á la responsabilidad derivada de hechos ilícitos por los cuales se estaría obligado independientemente de todo vínculo contractual, si bien la existencia de tal asunto *pueda* influir al dictaminar si existe culpa; que la ley del contrato no debe valer como dirimente absoluto de la responsabilidad en la *culpa facti proprii*, á diferencia de lo que sucede en la *culpa custodiae*, por no ser posible asignar á la voluntad de los contratantes la potestad de hacer

(1) Cons. y cfr. Löhr, ob. cit., p. 81; Hasse, ob. cit., § 36; Thibaut, *System d. Pandektenrechts* (Jena, 1834), § 623; Unterholzner, ob. cit., § 675; Haenel, *Versuch einer Darstellung der Lehre vom Schadenersatze* (Leipz., 1823), § 35; Sintenis, ob. cit., § 330; Molitor, ob. cit., § 203; Vangerow, ob. cit., § 681; Mühlenbruck, *Doctrina Pandectarum* (Hal., 1833-40), § 393; Glük, ob. cit., X, 699; Wenig-Ingenheim, *Lehrbuch d. gem. Civilrechts* (Münch., 1837-38), § 330; Göschen, *Vorlesungen ü. d. g. Civilrechts* (Gött., 1843), § 592; Arndts-Serafini, ob. cit., § 250; Pernice, ob. cit., VII; Castellari, *mon. cit.*, n. 39 y sig.

lícito lo que sin ella estaría prohibido (1). Parece, pues, que se puede asignar al régimen moderno en materia de responsabilidad el principio fundamental de que «no se tiene derecho á invocar la ley del contrato cuando se ha faltado al deber de no ofender, común á todos los hombres» (2).

Tal construcción no puede conducir á buen resultado, porque inútilmente se contiene la extensión de un concepto cuya entidad es discutible, no sólo su alcance. Verdad es que parece responder, por lo menos, á las fuentes, donde es cierto el concurso de la acción derivada del contrato y la nacida de la ley Aquilia (3); pero prescindiendo de que esta consideración vale poco respecto al derecho moderno (y antes al contrario), otra es la razón que explica y justifica el fenómeno de tal concurrencia. Ya se ha observado que, por el modo con que la noción de la culpa se viene diferenciando en la construcción jurídica, la figura de la *pena* dominó primero sobre el concepto de la *responsabilidad*, y penalmente se consideraron las injurias derivadas de violación del contrato; y cuando la separación de las dos maneras de ser de la culpa, impuesta, no por la varia entidad observada en ésta, sino por la diversidad de la injuria objetiva, determinó el alcance de la culpa aquiliana, todavía no desapareció el concepto primitivo de *pena*. El cual aun se manifiesta en el *concurso* notado, por parecer que cuando la misma violación puede caer bajo la sanción de las dos leyes, la nacida de la voluntad de las partes no debe prevalecer sobre la que se dirige de modo general á *penar* la injuria, y en la que se ha conservado casi inalterada la noción de la pena; y se manifiesta también en el carácter mismo de la

(1) Cons. Glück, ob. cit., X, § 699; Vangerow, ob. y lug. cit.

(2) Giorgi, ob. cit., n. 149.

(3) Cons. l. 7, § 8; 8 pr.; 18; 27, § 14, 34; 42, D. *ad l. Aq.* (IX, 2); l. 18, § 1, D. *Comm. v. c.* (XIII, 6); 47, § 1, 48, 50, D. *pro socio* (XVII, 2); l. 25, § 5; 43, D. *loc. cond.* (XIX, 2); 34, § 2, D. *de obl. ob act.* (XLIX, 7).

acción derivada de la ley Aquilia, no del todo penal, ni enteramente persecutoria de la cosa, sino *mixta* (1). De esta suerte, el concurso se explica por la restricción del concepto de *pena* á la responsabilidad en la construcción incompleta que tendía á eliminar aquélla del derecho privado, y con la posibilidad procesal de que varias acciones que tienden al mismo fin concurrieran de modo que el ejercicio de una consumase las demás; concurso fijado, por último, en la medida por la cual el fin común fuera considerado en cada una: por lo que se entiende cómo, dado el doble carácter de *rei persecutoria* y de *poenalis* á la *actio ex L. Aquilia*, el concurso de ésta y de la *a. ex contr.* ejerciese su virtualidad por el contenido relativo al primero de los dos elementos, dejando intacto el segundo, no común á los dos medios, sino propio sólo del primero. De aquí el resultado de este régimen procesal, á saber: el derecho de pedir, no obstante el concurso, *el más* correspondiente al carácter penal del remedio, que necesariamente quedaba como contenido especial suyo.

Ahora bien: ¿no aparece manifiesta de este modo la exageración de la teoría según la cual el contrato no puede conceder que se falte al deber de no ofender, común á todos? ¿No contradice á todo el desarrollo que tuvo la noción de la culpa, una de las más geniales y ricas del derecho romano, esto es, á la reducción del concepto de la *pena* á sus límites propios, y, por consiguiente, á la reparación precisa de la culpa, según la injuria objetiva (contractual ó extra-contractual)?

Verdad es que este último resultado no se consiguió enteramente en la ley romana; pero tanto logró en ésta, que hoy es posible asegurar que la ley del contrato dominaba por entero la responsabilidad nacida de ella (excepción hecha del concurso procesal advertido), dentro de los términos en que de ordinario estaba restringida la voluntad de los

(1) Savigny, *Syst. cit.*, V, § 233; Pernice, *ob. cit.*, p. 78 y sig.

contratantes. En el derecho moderno, este resultado se ha conseguido por entero, y no por simple movimiento de dialéctica, que lleva á categorías lógicas, sino induciéndolo de la necesidad del comercio jurídico. El principio general de *no ofender injustamente* emerge de la entidad misma del derecho reconocido por la ley á la persona; pero el contenido de la ofensa y la razón de la responsabilidad que se deriva está sometido al arbitrio de las partes cuando la violación se refiere á un derecho contractual. El arbitrio de los interesados, ó gobierna directamente esta materia de la relación constituída, ó da á la ley medios de ayudarla con criterios especiales, distintos de cuando el contrato falta. Por consiguiente, no por sola necesidad lógica de construcción, sino por motivos reales, la ley separa las dos formas de culpa, por lo que debe huirse de toda confusión entre las reglas de una y otra. De otro modo, ¿qué influencia ejercitaría el contrato entre las partes? Si éstas fijaron un determinado grado de culpa como razón de responsabilidad, ¿no quedaría violada su voluntad si, en virtud del principio de la culpa aquiliana, un grado menor bastara á producirla? Por otra parte, por lo que se refiere á la ejecución del vínculo y á la diligencia que hubiera de observarse en su cumplimiento, la voluntad de las partes contratantes puede manifestarse libremente, gobernándolo de manera que el acreedor no podría apartarse de lo pactado, alegando el deber de no ofender, común á todos los hombres. Pero precisamente este deber, según está impuesto en la ley contractual, es el que no le permite violar el derecho del obligado á que no se le agrave la obligación que ha asumido. Este *deber común* está determinado por reglas especiales al vínculo contractual respecto al cual se le considera, según examen y medida hechos expresamente por los interesados ó tácitamente por aceptación de la ley, declarando cuál sea la *diligencia* debida en el cumplimiento de la obligación, cuya inobservancia constituye *injuria*. Ahora bien: si, según el contrato, la culpa leve ó levísima no causan injuria, ¿cómo se po-

drán imputar al obligado, derivándolas del principio de la *c. aquiliana*? Libre era el acreedor, al contratar, de imponer mayor diligencia al obligado, y no lo hizo; culpe á su propia torpeza, y, recurriendo á una institución extraña á la relación contractual, no viole la ley, alterando la condición normal del obligado, haciéndola más gravosa.

18. Todas estas consideraciones nos persuaden para no acoger la doctrina en cuestión, afirmando, por el contrario, que en todo lo que se refiere al cumplimiento de la obligación constituída, la diligencia impuesta (respecto al *modo* y al *grado*), y por lo mismo la culpa á que, en su defecto, está atenido el obligado, es la que las partes fijaron expresamente, ó la de la ley, tácitamente aceptada. Por lo cual, cuando la culpa exigida fuese la grave ó la leve, el deudor no deberá responder de la leve ó de la levisima.

Con este criterio se consiguen los dos resultados. El primero, la necesidad de que la injuria se refiera al cumplimiento del vínculo contractual, porque si se refiriese á cosas extrañas, sería injuria dada extra-contractualmente, y, por consiguiente, culpa aquiliana inducente de obligación, con objeto propio, extraño á la cosa deducida en la relación. En efecto: si bien entre los contratantes existe el vínculo que los liga, no por eso toda injuria que el uno cause al otro debe ser regulada por la ley del contrato, el cual, como vínculo impuesto á la libertad de los contratantes, exige que, más allá de los términos fijados para la ejecución debida, las partes estén como si ninguna obligación intercediera entre ellas. Por donde la injuria causada en tales circunstancias asume jurídicamente la figura de delito y de cuasi delito. Nótese bien que va comprendida la regla en cuanto al concepto del cumplimiento, y que no contradice la figura de la *c. in contrahendo*. Admitido que la relación preliminar al acuerdo es acuerdo también, en vista del negocio que se quiere actuar, la *c. in contrahendo* es necesaria en la ejecución de esta relación especial.

Del concepto propuesto como razón fundamental de la

construcción se infiere también que la injuria contractual debe estar regulada en su entidad exclusivamente por la ley creadora de la relación, y que ésta quedaría violada si se diese derecho al acreedor para pretender una diligencia mayor que la que él mismo consintió que se prestara.

No vale objetar que el obligado á la prestación de la culpa leve no por esto tiene derecho de causar injuria por vía de culpa levisima. Hé aquí otro modo de dirigir la objeción observada en cuanto á la eficacia de la ley contractual (1). No; precisa invertir la fórmula en el sentido de que el obligado á la *c. levis* no debe prestar la *c. levissima*. Porque si de las dos proposiciones se mantiene la primera, ó se le da un significado opuesto á la otra, y su error es manifiesto, porque el acreedor no puede cambiar á su voluntad el alcance del pacto; ó si quiere decir que con *mala intención* da injuria, cometiendo *c. levisima*, debe responder, y entonces la proposición es verdadera en su sustancia, pero la responsabilidad no se deriva de *culpa levisima*, sino de *dolo*. Existe la voluntad de dañar, y á fin de evitar la responsabilidad, el autor de la injuria procura disfrazar su mala voluntad bajo la apariencia de culpa levisima. Pero en este caso la culpa sólo existe aparentemente; en sustancia, lo que hay es dolo, aún más censurable por el cuidado puesto en hacerle pasar como derecho; pues si, por el contrario, la injuria procediese verdaderamente de culpa levisima, el deudor no estaría obligado á responder, toda vez que observó la regla de conducta que le imponía el vínculo contractual. Pidiendo más, sería el acreedor el que causaría injuria entonces.

Verdad es que mientras el sistema legal en materia de culpa contractual sienta la regla de que en el cumplimiento de la obligación se debe observar la diligencia del buen padre de familia (2), muchos entienden que sólo deberá ser

(1) De-Crescencio, ob cit., § cit., *annot.*

(2) Cód. civ., art. 1.224. V. la parte I, cap. III.

así cuando tal diligencia no sea inferior á la que el obligado observa en sus negocios (1). Pero esta teoría no es admisible, puesto que quiere sustituir la regla clara y terminante de la ley por otro índice mesurador de la responsabilidad. Hemos aludido á esta polémica por su afinidad con la cuestión discutida. En efecto; admitiendo en cuanto al modo de entender la diligencia en abstracto la doctrina rechazada, cuando la diligencia observada por el obligado en las cosas propias fuese la del diligentísimo padre de familia, debería responder de la culpa levísima, aunque sólo estuviera obligado á prestar la leve, con lo cual quedaría agraviado, no menos que, cuando obligado por contrato á prestar la culpa leve, la culpa aquiliana le exigiera la levísima. Téngase en cuenta que, mientras aquella doctrina comprende toda la responsabilidad dentro de la culpa contractual, esta última agrega la aquiliana; pero esto no significa que si la teoría es equivocada en el primer caso, no deje de serlo en el segundo.

18 bis. Á esta separación absoluta entre la culpa contractual y la extra-contractual, aun siendo manifestaciones del mismo principio que se muestra diversamente en razón del distinto medio en que se desenvuelve, parece que se opone un hecho que ya hemos tenido ocasión de observar (2), y que ha dado ocasión á la teoría de la posibilidad de que el modo y el grado de la culpa contractual, puedan á veces influir y determinar el grado de la culpa extra-contractual. Teoría ésta propuesta para el caso de que se quiera acoger la doctrina que en los hechos estudiados toma la figura de la culpa aquiliana, y por la cual, si la persona que ha causado injuria se encontrase al darla en una especial situación jurídica legítimamente constituída, que le obligaba respecto al constituyente á un determinado grado de diligencia, el ofendido no podría imputarle una

(1) Cód. civ., art. 1.224. V. la parte I, cap. III.

(2) V. la parte I, p. 666 y sig.

culpa (aquiliana) derivada de la omisión de una diligencia diversa en cuanto al modo y al grado.

La cuestión se refiere especialmente á los casos de responsabilidad de los subinquilinos para con el locador originario (1), en los que la doctrina y la jurisprudencia afirman la obligación de responder por culpa no contractual; pero, resolviendo las reservas en otro lugar hechas, claro es que en esta hipótesis basta atenerse al concepto de la representación, en consecuencia del cual nunca se dará *justamente* influencia del motivo contractual en la medida de la culpa aquiliana, sino tan sólo culpa contractual ó extra-contractual. En efecto: si el representanté causa injuria, ó el ofendido está en relación contractual con el representado, pudiendo ejercitar las acciones correspondientes á su deudor directo en los términos en que éstas se originaron, y, por tanto, en los que se fijaron en la representación ordenada por el deudor, ó no hay contrato, y la culpa es extra-contractual, tanto respecto al autor inmediato de la injuria como á su comitente (representante en general). Pero en la primera de las dos hipótesis, la extrañeza del ofendido á la relación de representación constituída con el ofensor por su obligado, parece que puede dar á su acción de responsabilidad contra aquél la figura de extra-contractual, porque el razonamiento hecho se adaptaría al caso de que el ofendido obrase valiéndose de la acción perteneciente á su deudor, y no comprendería el otro caso de la acción directa que puede ejercitar contra el ofensor por vía de la injuria sufrida. Ahora bien: afirmando que la constitución de la representación hecha por el deudor de ningún modo compromete al acreedor extraño á ella, y caracterizando, por tanto, de extra-contractual la acción directa de que acaba de hablarse, el pretendido injuriante tiene derecho á oponer que, en virtud del asunto de que nace su representación, está obligado á una cierta diligencia, y que, habiéndola observado,

(1) V. la nota precedente.