

sentido de que la garantía quite, como se querría, la posibilidad de liberarse por razón de caso fortuito (1), sino en esto, que donde hay responsabilidad existe injuria y donde existe garantía hay daño; donde existe responsabilidad, es cuestión de culpa, y, en cambio, en la garantía no se hace indagación alguna sobre el comportamiento del obligado.

Con estas opiniones seguirá gran parte de la indagación y de la exposición; en gran parte, porque el hecho ilícito ajeno será, si cometido por instrumento-persona, considerado como hecho propio y que entra, por lo mismo, en el dominio de la responsabilidad y de la injuria.

La figura de la garantía desaparecería aquí por efecto de la representación; la injuria causada por el agente directo está, por este fenómeno, igualada á la injuria cometida por el mismo obligado. Seguirá después la indagación y la construcción de la responsabilidad y de la garantía en el caso de ofensa ó de daño causado por un agente, por el cual se halla obligado al resarcimiento, y se hablará, por último, de la garantía, estudiada sólo como razón determinante de varias excepciones al concepto general de la responsabilidad (2).

(1) Saleilles, monografía citada.

(2) El concepto de la garantía, como ya se ha descrito, existe y conviene á todas las resoluciones deducidas de la presunción de culpa (acogida sin reserva en la primera edición de este trabajo); pero queda la teoría más robustecida, desvaneciendo las dudas (que tal vez pudieran parecer contradicciones) inherentes á aquellos primeros desenvolvimientos de nuestro criterio.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD POR «HECHO PROPIO» (POR CULPA PROPIA)

Generalidad.

SUMARIO: 159-161. La responsabilidad por hecho propio comprende también la de la injuria causada por los propios representantes.— 162. Teoría recibida y referente al caso.

159. La responsabilidad, y con ella el resarcimiento, pesa sobre el que ha causado injustamente la ofensa: la regla «se está obligado á las consecuencias del hecho propio del cual se deriva lesión á un derecho ajeno» no tiene ya necesidad de otra declaración después de lo que se ha dicho acerca de la entidad de la culpa no contractual.

Dos aspectos diferentes pueden afirmar la existencia de este *hecho propio*: a) si el hecho ilícito está cometido materialmente por la persona responsable, y b) cuando entre la persona responsable y el autor material del delito ó cuasidelito hay una relación de representación, por la cual todo acto cometido por el representante como tal, y en el ejercicio de su función, está considerado como si el representado mismo lo haya ejecutado. Sobre el primero de estos dos modos de considerar la responsabilidad no hay cuestión.

Pero respecto al segundo, el decir que ese presenta la figura de responsabilidad por hecho propio, es consecuencia de la representación, por cuyo efecto se tiene una aparente confusión jurídica entre la persona del representado ó la del representante en modo que ésta parece absorbida

por aquélla, y los actos del representante, como tales, están en relación con los terceros, considerados como si fueran del representado. En el representante se manifiesta, esto es jurídicamente, la persona del representado, al cual le corresponde obrar en propio nombre en un determinado círculo de negocios, y por tal delegación se asume la obligación frente á tercero de reconocer como suyo lo hecho por el representante, como ejecutado dentro de los límites de la representación otorgada. En el representante, por lo tanto, para nada entra (siempre se entiende cuando obre dentro de los límites del encargo), aparte de la voluntad, la obra del representado: él es solamente el instrumento de la persona representada (1).

La cuestión de la responsabilidad, sentadas tales ideas, se presenta con bastante claridad en materia de culpa contractual, porque la persona con la cual el representante contrata, sabe que se vincula á sí misma ó á su favor, no el representante por sí, sino el representado. ¿Sucede otro tanto respecto á la culpa extracontractual? ¿Se podrá todavía afirmar la virtud de representación en materia de actos ilícitos, ó no se deberá pensar, en cambio, que el representante obra como tal si su acto está conforme con el objeto de la representación, y cuando se aleje cometiendo un hecho ilícito, se obliga personalmente, y no puede de su hecho sufrir el representado detrimento ó fastidio?

Esta es, precisamente, la consideración por la cual en muchas legislaciones la responsabilidad del representante está determinada como originada por hecho ajeno, y se impone solamente al representado cuando pueda imputársele alguna culpa; no hay responsabilidad sin culpa: de donde, por lo tanto, la necesidad de suponer una presunción de culpa á cargo suyo, dándole modo de liberarse, probando, en contrario, la diligencia empleada en la selección ó la

(1) Sobre el concepto de la representación, v. Chironi, *Culpa cont.*, cit., n. 177, y los autores citados en la nota.

imposibilidad de impedir la ofensa en el momento en que ocurrió (*colpa in eligendo; culpa in vigilando*) (1).

160. El ordenamiento de la ley civil italiana (2) es mejor guardián de los principios. Sentado el concepto de representación, cualquier acto que esté en ella comprendido obliga al representado, cuya sola figura domina en todos los actos puestos en vigor por el representado dentro de la órbita del poder que se le ha conferido; por consiguiente, estaría en contradicción con el principio mismo del instituto el hablar de culpa en el representado, y la indagación se restringe á la posesión de dos elementos: a) si el cuasidélito ha sido cometido por representante bajo tal cualidad; b) si fué cometido al ejercer las facultades que se le han concedido por el representante. Una vez afirmados estos puntos, la responsabilidad del representante surge como consecuencia necesaria; el hecho del representado obliga al representante el argumento deducido de la entidad de la representación, en cuya virtud todo acto cumplido dentro de sus límites es atribuido, como ya se dijo, al representado, como hecho propio, y responde á la objeción que se saca del principio puesto acerca de la necesidad que el hecho ilícito sea culpable para que se derive en quien ha sido el autor la responsabilidad encaminada á repararlo. Se ha dicho, en efecto, que la imputabilidad (injuria subjetiva) del representante que la ha cometido compromete su personal responsabilidad, pero que, si no es también imputable, efectivamente, al representado, la responsabilidad de este último queda á salvo. Objeción no sería: el represen-

(1) Cfr. Cód. civ. austr., §§ 1.314 y 1.315; consúltese también el art. 1.377; Cód. fed. suizo, *De las obligaciones*, art. 62; Cód. civ. germ., § 831; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.285, al. ult.; Cód. civ. de Chile, art. 2.320 en f.; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.278, 2.º al.; Cód. civ. de Bolivia, art. 1.345. Nasmith, ob. y l. cit.

(2) Cód. civ., art. 1.153; Cód. fr., art. 1.384; Cód. civ. de la Luisiana, arts. 2.296 y 2.297; Cód. civ. del Japón, art. 393; Cód. civ. de la Rep. Argentina, arts. 1.118 y 1.119.

tante, cuando obra bajo tal cualidad, es el instrumento del representado, y por el modo de relacionarse las dos personalidades, de donde toma únicamente relieve la persona del representante, basta que el hecho sea imputable al representante, para que el representado deba también responder.

No es, por lo tanto, cuestión de imputabilidad directa respecto al representado (1); se la debe examinar y evaluar sólo en relación al representante, y cuando de este modo se haya demostrado la existencia, se origina sin más la responsabilidad del representado. O mejor: por medio de la representación, la imputabilidad del agente explica en modo inmediato sus efectos respecto á la persona representada, esto es, hace surgir la responsabilidad de esta última; el representado (solamente porque tal es su condición jurídica) está obligado por todo acto culpable de su representante.

161. De donde resulta que la diferencia entre la responsabilidad por el hecho propio y la responsabilidad por el hecho ajeno, puede hacerse consistir en los siguientes caracteres, cuya designación responde en un todo á la disposición de la ley:

1.º En la responsabilidad por el hecho ajeno, la obligación del responsable deriva toda de la existencia de culpa á él propia; la ley la presume, pero contra tal presunción se concede expresamente la prueba contraria. Por esto, la no imputabilidad del hecho al agente directo no quita la culpa de la persona responsable: existen aquí dos culpas distintas, de las cuales la del responsable está en orden al hecho del agente directo en la relación de causa á efecto (2). Se comprende, con arreglo á las consideraciones expuestas,

(1) Ella puede existir, no obstante, cuando en relación con el acto el representante no caiga en culpa, pero sí la tenga el representado. La ficción que existe y se da en la representación no puede eximir al representado de su personalidad, que es siempre personal. V. Chironi, *Culpa contrac. cit.*

(2) V. el cap. XI.

que esto sucede en la responsabilidad en su sentido propio, diferentemente de la garantía, donde la obligación de resarcir no deriva de la culpa de quien está obligado. Puede, es verdad, añadirse á la construcción propuesta que entre la figura de la responsabilidad por el hecho ilícito ajeno y la garantía, esta relación de analogía existe; y no buscándose en ambas la culpa (injuria subjetiva) del obligado, se está en tema de excepción á los principios generales que rigen la injuria: excepción querida por la ley por fines de interés público, y no extensible, por la agravación á que induce, á casos diversos de los nominalmente descritos en la norma que la contiene.

2.º En la responsabilidad por el hecho propio, si el cuasidelito está cometido por un representante de la persona responsable, la existencia del hecho ilícito (para el concurso de las condiciones necesarias á constituirlo) debe ser buscado respecto á la persona del agente, y, una vez afirmada, el representado responde, debiéndose considerar cometido por él todo hecho que en relación á la representación que haya otorgado sea ejecutado por el representante. Por esto no se le concede ninguna prueba á fin de afirmar la diligencia que haya usado en la elección ó el no haber podido impedir la injuria. En la representación está comprendida la sola y plena razón de la responsabilidad que á él se refiere.

3.º De cada uno de estos caracteres especiales á las dos formas de responsabilidad ahora descritas, se deriva una consecuencia que parece común á ambas: a), en la responsabilidad por el hecho ajeno, la existencia de la culpa (el defecto de vigilancia, por ejemplo, á cargo de quien debía emplearla) produce la obligación directa de responder, presumiéndose que si dicha culpa no se hubiera cometido, el hecho ilícito no tendría lugar; b), en la responsabilidad por el hecho cometido por el representante, una vez establecida la injuria á cargo de este último como tal, el representado responde directamente, reputándose como suyo el hecho

ilícito que el representante como tal haya ejecutado (1).

Se ha dicho que esta consecuencia parece común á las dos formas: en el fondo esto no es, pues de otro modo parecería también posible el dar á éstas la designación de responsabilidad por hecho propio. En efecto: en la primera forma, si bien la culpa del responsable se considere causa de la injuria, sin embargo su culpa no puede confundirse con la del agente y está apreciada separadamente, lo que no sucede en la segunda, en la cual se atribuye al representado la misma culpa que al representante, en virtud de la relación que entre ellas existe.

162. La teoría así construída explica, no solamente la letra de la ley respecto á la prueba liberatoria no consentida á los comitentes en el modo que lo está á los parientes (2), sino que declara exactamente la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos injuriosos á los cuales la acción de sus representantes haya dado directamente causa (3); cuestiones que no se pueden definir bien, aplicando la teoría comúnmente aceptada (4).

La cual enseña, ante todo, que si bien para las varias hipótesis de responsabilidad por hecho ilícito no cometido directamente la ley haya adoptado la denominación de responsabilidad por hecho ajeno, aunque se trate en cada caso de responsabilidad nacida de hecho propio, requiriéndose en el responsable la culpa *in eligendo* ó también aquella *in vigilando*.

Es inútil repetir otra vez las cosas dichas antes, con el

(1) Justamente por esto, el Cód. civ. de la República Argentina dispone en el art. 1.122 que el dañado no está obligado á llamar á juicio á los autores del hecho ilícito. La doctrina y la jurisprudencia patrias serán examinadas en el capítulo XVI.

(2) Cód. civ., art. 1.153 cit. V. el cap. XVIII.

(3) V. los capítulos VII, VIII y IX.

(4) El responder, como de ordinario se hace, que es cuestión de responsabilidad civil y no penal, deja subsistente é íntegra la dificultad.

fin de demostrar la poca exactitud de tal afirmación; sólo en la hipótesis de hecho ilícito cometido por el representante existe para el representado la responsabilidad por hecho propio, no debiéndose buscar á cargo suyo existencia alguna de culpa, porque está obligado directamente á la responsabilidad, en virtud de la relación de la representación que lo liga frente á tercero por los hechos de su representante, mientras en los otros casos hay responsabilidad directa, es verdad, pero por un hecho imputable á éstos, y esto por causa de culpa especial del responsable. La teoría que se propondrá sobre el fundamento de la responsabilidad por el hecho ilícito cometido por el representante (1), demostrará mejor estas ideas.

Contra las cuales se puede, sin embargo, formular una objeción derivada de la locución de la ley, que dispone que cada uno esté obligado, no sólo por el daño ocasionado por hecho propio, sino también por aquel causado con el hecho de personas de las cuales se debe responder; y especificando las hipótesis que se refieren á la última parte, comprende también la del hecho ilícito cometido por el representante (agente). La ley no habla, es verdad, de responsabilidad por el hecho ajeno; pero que tal denominación exista en el concepto de la misma, parecería evidenciado por el contraste en que coloca la hipótesis contemplada con las palabras «por hecho propio».

La objeción tiene poco valor: la ley considera deberse determinar como hecho ajeno toda injuria cometida directamente por persona distinta de aquella que está obligada á responder del hecho del agente; pero esto nada obsta para que la distinción, concretándose á los principios que gobiernan la injuria y la representación, no deba rigurosamente hacerse en el modo propuesto.

(1) V. el § 1 del presente capítulo.

§ 1

Representación: entidad y sus límites.

SUMARIO: 163 y 165. Extensión del concepto de representación, y distinciones concernientes (representación verdadera, propia, y representación en general distinta de la mediata — 166. La razón de la responsabilidad del representado: teoría general; crítica y teoría propuesta. — 167. Consecuencias en relación con la prueba liberatoria. — 168-172. Qué extremos deben concurrir para que se determine dicha responsabilidad. — 173. De una pretendida condición especial para el caso de representación en general. — 174-175. El origen de la relación de representación. La persona del representante: capacidad para hacerse representar.

163. La voz «representación» tiene un significado más amplio de lo que parecería, derivando el concepto de la figura del mandato ó de la gestión de negocios: y en este sentido lato está ahora empleada aquí para designar el fundamento y los límites de la responsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por el representante.

Representación existe siempre que se confíe á otro el encargo de cumplir un negocio en nombre é interés de quien comisiona (si bien alguna vez, por el modo mediato de obrar el representante, la representación se reduzca á la relación sólo interna entre las partes, como sucede en la comisión) (1), ó también cuando el negocio se lleve á cabo ó se empiece á gestionar sin encargo dado precedentemente; pero el consentimiento posterior del interesado dado en realidad (ratificación) ó por la intervención de la ley (como sucede en la gestión de negocios), apruebe como ejecutadas en su nombre los actos puestos en vigor. Ahora bien: esta locución «encargo de cumplir un negocio» es muy amplia; no está incluido el solo concepto del man-

(1) Que es después de todo una representación verdadera. Sobre la cuestión, v. Chironi y Abello, *Corso di D. civ. cit.*, I, cap. V, y los autores allí citados, especialmente Sraffa, ob. cit.

dato con tal fin, sino cualquier figura en la cual haga falta el cumplimiento de un hecho en nombre y en interés de otra persona: ésta ordinariamente consciente. Así es jurídicamente posible representar dos diversas posiciones, en las cuales esta idea de la representación está encarnada: a) cuando existe efectivamente el mandato ó una absorción de negocios ajenos que la iguale: b) si, haciendo caso omiso de la figura especial y determinada del mandato, existe el encargo de hacer una cosa determinada, ó cumplir un determinado encargo. En la primera está bien clara y definida la existencia de la representación; en la segunda, ésta existe en el hecho, y por el hecho de quien trabaja en el interés de otro por comisión recibida.

Cuya última figura pone directamente de relieve el contrato de locación de obra (1), y no hay duda alguna de que el alquilador, prestando por medio de ella un determinado servicio ó una serie de servicios comprendidos en las funciones á él confiadas, no represente al cumplirlas la persona del conductor. El cual, en vez de cumplir dichos actos por sí mismo, encarga á otros el cumplirlos en su nombre y en interés suyo: en la solicitud del trabajo, y en el mismo trabajo que la persona solicitada ejecuta en el interés del solicitante, se encuentra la razón del atribuir frente á tercero al alquilador de trabajo, respecto al conductor, la figura de terminada en la relación de representante á representado. Ni parece posible negar la verdad de tal concepto, porque el encargo dado por el comitente de obrar en el propio interés, existe en el mandato como en la locación de obra.

Y de otro bien se percató la antigua jurisprudencia, cuando al enunciar los caracteres especiales del mandato,

(1) Cons. y cfr. Pothier, *Mandat*, en *Œuvres*, ed. cit., n. 26; Merlin, *Rép. cit.*, v. *Notaire*, § 6, n. 4; Duvergier, *Louage*, ed. cit., II, 267 y sig.; Pont, *Petits contrats* (Paris, 1877), I, 823 y sig.; Aubry y Rau, ob. cit., § 371; Troplong, *Louage*, III ed., II, 799; Marcadé, ob. cit. sobre el art. 1.799, n. 2; Laurent, ob. cit., XXVII, 338; Sourdat, ob. cit., II, 913 *ter*.

advertía que es por su misma esencia gratuito, porque si no lo fuese se podría jurídicamente confundir con la locación de obra (1); y las legislaciones modernas han conservado igual norma (2), manteniendo el carácter gratuito al mandato á falta de providencia contraria: aunque de esto, sin embargo, se advierta que la estipulación de uno de los que intervienen no basta para quitar al mandato su figura particular, como claramente demuestra la disposición referente al diverso grado de culpa dependiente de la existencia ó no de dicho pacto (3). No sólo esto; sino que hállanse en buen acuerdo los doctores (4) al decidir acerca de la responsabilidad por el hecho ilícito del sirviente (hipótesis expresamente reglamentada por la ley), que tiene obligación el dueño sólo cuando la injuria haya sido cometida al cumplir el servicio confiado: condición que en el fondo es la simple aplicación del principio concerniente á la representación por el cual existe la responsabilidad del representado, si la injuria está causada por el representante en el ejercicio de los poderes que le han sido conferidos. La figura del mandatario y del alquilador de obra concuerdan, por lo tanto, en este punto de un modo perfecto: y esto demuestra la existencia en ambas hipótesis de un idéntico principio activo, que es la representación.

164. Y entonces, ¿cómo distinguir, en relación á la representación y á la responsabilidad, la locación de obra, del

(1) *Interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit*, L. 1, § 4, D. *mandati v. c.* (XVII, 1). L. 6 fr.; 7; 36 *eod. tit.* L. 13 22, D. *de praescr. verb.* (XIX, 5); § 13. I *de mandato* (III, 26); L. 1, C. *Mand.* (IV, 55). Cons. Windscheid, ob cit., §§ 409 y 410.

(2) Cód. civ., arts. 1.737 y 1.739; Cód. civ. fr., art. 1.986; Cód. civ. austr., §§ 1.004 y 1.013; Cód. civ. germ., § 662; Cód. fed. suizo cit., art. 392, 2; Cód. civ. de Chile, art. 2.117; Cód. civ. del Uruguay, art. 2.013; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.193; Cód. civ. de Méjico, art. 2.505; Cód. civ. de la Rep. Argent., art. 1.871.

(3) V. Chironi, *C. contract. cit.*, n. 126 y sig.

(4) Véase en este cap. lo sig.

mandato (1)? La distinción sería bien clara cuando se aceptase la teoría discutida y no acogida en otra parte de este estudio (2), del mandato convertido en locación de obra por el solo hecho de estar constituido con título oneroso: doctrina que ya se ha dicho representaría un concepto completamente contrario á la ley.

El carácter que las diferencia se debería, en cambio, pedir al modo con el cual se ha manifestado la voluntad del interesado al fin principal á que tienden. Que si se ha formado como una delegación directa inmediata para representar la persona constituyente en un determinado negocio, habrá un mandato al cual la estipulación del precio en nada disminuye su carácter, y la obra del mandatario en la ejecución del encargo recibido es consecuencia directa de la figura antes escogida. Cuando, en cambio, la voluntad esté encaminada principalmente á la conducción de obra, no existirá mandato, sino locación-conducción de obra; pero el concepto de representación será siempre innato al hecho de obrar por cuenta de otro: y

a) En la primera de las dos hipótesis antes de ahora expuestas hay mandato en las relaciones entre representado y representante, y mandato en las relaciones con terceros que tengan derecho á valerse de su existencia para las obligaciones contraídas por el representante y por los hechos ilícitos (cuáles sean éstos se dirá después) por él cometidos en contra suya en la ejecución de encargo;

b) En el segundo, la locación de obra se presenta, es verdad, directamente en las relaciones entre conductor y alquilador, pero respecto á los terceros ofendidos por el he-

(1) No por la gestión de negocios, de la cual, como cuasicontrato, son ciertos los caracteres y la razón de ser deducida de los conceptos de voluntad y de responsabilidad (Chironi, *C. contract.*, pág. 291 y sig.; Chironi y Abello, *Corso D. civile cit.*, I, cap. V); no en la comisión, donde la acción del comisionista no puede ser dirigida á los terceros como acción del comitente.

(2) V. Chironi, *C. contract. cit.*, l. cit. V. después el cap. XI, § 2.

cho ilícito de este último quita el hecho acaecido la figura de la representación; el alquilador obra en el interés y por cuenta del conductor, es el representante.

Así que, por razón del diverso modo de manifestarse la voluntad en las dos figuras descritas, en la primera el representante, constituido directamente tal, tiene la facultad en los límites del mandato de obligar al representado respecto á tercero, aun por vía de acto ilícito; en la segunda, en cambio, la falta de esta directa y expresa intención hace que el representante pueda obligar al representado sólo por los hechos ilícitos que haya cometido al cumplir el encargo recibido y no parezca contradictorio el admitir tal representación para el hecho ilícito, y el negarla para los actos lícitos, y en especial para los contratos contraídos por el representante, porque no se le ha concedido autorización para tanto; es un trabajo exclusivo que ha alquilado directamente, y que es ejecutado así porque todo contrato estipulado sobre esta base con tercero queda obligado él solo. Pero respecto al hecho ilícito la representación explica enteramente su efecto: el límite que deriva del defecto de autorización no puede ser opuesto al tercero perjudicado, reclamando la indemnización al representado, y esto en virtud del fundamento dado á la obligación que nace de delito ó cuasidelito, de la cual no puede decirse, como de la contractual, que debe el tercero imputar á propia culpa si no conoció la condición de la persona con la cual concluyó el negocio; frente á tercero, reconoce como directamente suyo el hecho del agente al cual dió el encargo por cuenta propia. En cuya comisión está contenida la representación en sentido genérico: se puede, como ya se ha dicho, construir también sobre el concepto de garantía, pero ésta vuelve después á aquélla; como después de todo se encuentra también en la máxima común, el que trabaja por medio de otro trabaja para sí.

165. Sentado así el concepto de la «representación», se puede, con arreglo á los diversos modos de considerarla,

según su origen y entidad, proponer la distinción siguiente:

1) Representación verdadera y propia, abarcando los casos en que está efectivamente consentida y atribuida por el interesado la calidad del representante para un determinado negocio ó una serie de negocios que constituyen un oficio determinado; á cuya figura es análoga la de la *gestión útil*, distinguiéndose por su término de la otra especie de representación, de la cual se hablará ahora;

2) Representación en general existente en los casos en que por el interesado está directamente ejecutado el trabajo ajeno, con el fin de que el alquilador cumpla en su nombre é interés un servicio ó una serie de servicios constituyentes un dado oficio;

3) Y puede suceder que estas dos formas de representación se acumulen en la misma persona, como sucedería si la persona á la cual se alquilase el trabajo fuese por el conductor encargada de representarlo en un negocio que con el mismo trabajo se conexas; pero la distinción entre las dos posiciones es clara, y servirán las reglas de la representación propia ó de aquella en general, según que el hecho ilícito cometido se refiera á la una ó á la otra.

166. Este modo de considerar la representación induce á fijar respecto á las dos formas reglas comunes á ambas respecto á la condición de existencia de la responsabilidad; pero antes de indicarlas es oportuno el estudiar todavía el fundamento de la doctrina comúnmente acogida respecto al caso.

Parece cosa superflua el recordar aquí las antiguas disensiones nacidas de la doctrina acerca de la cualidad de la culpa que determina la responsabilidad en el representado; esto es, si es la culpa *in vigilando* (1), ó la otra *in eligendo*

(1) V. el Cód. gen. sui., *Delle obblig.*, Cód. civ. del Uruguay, de Chile, de Guatemala, de Bolivia, y los art. cit. en la n. 2 á pág. 379. A la culpa *in eligendo* se refiere el Cód. civ. germ., § 831; no obstante

do, ó ambas (1). La opinión mejor recibida es que el fundamento de dicha responsabilidad (considerada especialmente en el caso especial del dueño y del comitente) es la elección (2), aunque varias veces se haya decidido que es en cambio el defecto de vigilancia, á la cual el comitente (representante) estaría obligado (3).

Cuya última teoría no puede ser acogida; y no solamente porque responde mal á los precedentes históricos de la disposición legislativa y en particular (4) á los trabajos preparatorios, donde no se hace la menor mención, sino también porque adoptándola, se pondría á cargo de la ley una contradicción muy grave. Por un lado, efectivamente, habría determinado ésta algunas hipótesis en las cuales indudablemente la responsabilidad está fundada sobre la

te que la alusión á la dirección parezca desnaturalizar el concepto. Cons. Planck, ob. cit., 2.ª ed. (1901-1902), sobre este §, y Reatz, ob. cit.

(1) V. la n. 2 de la sig. pág.

(2) Pothier, *Obligations*, ed. cit., n. 121; Toullier, ob. cit., XI, 283; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 612; Laurent, ob. cit., XX, 571; Huc, ob. cit., VIII, 144; Giorgi, ob. cit., 249, 252, pero véase después el n. 329; Leoneschi, *Della respons. civ. dei padr. e comm.*, pág. 36; Borsari, ob. cit. sobre el art. 1.153; Ricci, ob. cit., VI, 96.

(3) V. en Laurent, ob. cit., la n. á los núm. 579, 580; V. Cas. fr., 4 Febrero 1880 (*J. du P.*, 1880, 1.158); 21 Octubre 1886 (*id.*, 1887, I, 1.134); Ap. Turín, 24 Diciembre 1897 (*Legge*, 1898, II, 125); Trib. conf. fr., 8 Agosto 1891 (*id.* 1893, III, 313); Cons. de St. fr., 24 Junio 1892 (*id.* 1894, III, 49); Hauriou, en las notas á los fallos mencionados; Aubry y Rau, ob. cit., IV, § 447; Sourdat, ob. cit., I, 901, y II, 885; Giorgi, ob. cit., n. 329; Larombière, ob. cit., sobre el artículo 1.384, n. 8, que dan á base de la ley la c. presunta *in eligendo* y á la otra *in vigilando*; pero preferentemente esta última sobre el concepto que analizamos de la *dirección* como hecho determinante de la responsabilidad del comitente, independientemente de la elección, que no pudo haber realizado. Cons. Ap. Lucca, 28 Mayo 1881 (*Foro it.*, 1881, II, 483).

(4) V. en seguida las notas al n. 167.

culpa *in vigilando* (padres, etc.), admitiendo la prueba liberatoria á favor de los responsables; por otra parte, habría enunciado casos (agentes, etc.) en los cuales, aun quedando igualmente la razón de disponer, no sería concedida la experiencia de la prueba contraria á la presunción de culpa.

Ciertamente; si igual es *la ratio legis*, ¿por qué no está igualmente considerada la posición del responsable?

Acaso la nota, de demasiada severidad, advertida en la ley por todos los que siguen la teoría de la elección, ha inducido á la jurisprudencia á decidir que la responsabilidad, en la hipótesis del agente ó del sirviente, existe solamente en cuanto no tuvo la vigilancia; así que, si al tercero responsable la clara disposición de la ley impide el medio de demostrar no haber podido impedir el daño en el momento en que se cometió, quedará siempre modo de excluir la posibilidad genérica de la vigilancia, deduciendo la inexistencia del contenido ó de la modalidad de la relación acordada entre él y el autor del hecho ilícito. Y este expediente vendría á modificar la ley, eliminando los ordenamientos cautelosos informados en otros principios bien distintos.

167. No más aceptable parece la doctrina que hace depender la responsabilidad del representado (comitente, etc.) de la elección. Atribuya él, se dice, á culpa suya el haber encargado de un negocio ó de un servicio á una persona incapaz: el error ó su falta de diligencia no deben explicar consecuencia alguna dañosa para tercero, y sufra, por lo tanto, el representado los efectos de la propia debilidad ó de su propio descuido (1).

La construcción así pensada contiene en sí parte de verdad; del mismo modo, como se verá después, verdad existe también en la teoría de la culpa *in vigilando*, la cual, á la

(1) V. el núm. 178.