

par que esta culpa *in eligendo*, entran, es verdad, á patentizar la materia de la comisión, de la representación; pero, en resumen, es esta última por sí misma la razón directa y sola de la responsabilidad. Como la culpa *in vigilando*, así también la *in eligendo*, si se coloca como única razón de la responsabilidad, queda envuelta en medio de dificultades intrincadísimas. En efecto; puesta la presunción de la culpa por razón de la responsabilidad, ¿por qué no se consentirá la prueba contraria, encaminada á demostrar que el representado puso en la elección todo el cuidado del diligentísimo padre de familia, en modo que ni siquiera de culpa levísima se le pueda hacer responsable? Se observa, por lo común, que aquí el ordenamiento legal establece una presunción absoluta, y no faltan las censuras á la ley por este supuesto sistema suyo. Pero ¿es verdad que éste es el criterio regulador que observa (1)?

Y parece que esa es mucho más correcta y justa que las malas censuras que se le han hecho. Porque recurriendo al concepto de la presunción de culpa por causa de la mala elección, se trata de coger el fundamento de la disposición en sus efectos, y como no está concedida la prueba contraria, se dice que la presunción es absoluta; pero este modo de argumentar sobre los efectos no es siempre buena manera de raciocinar. En efecto: ¿por qué querer presumir absolutamente la perniciosa elección, cuando el interesado podría, de un modo luminoso, demostrar lo contrario? La equidad se rebela á dicha afirmación, y no se puede atribuir tamaña enormidad á la ley que, en otros casos donde

---

(1) Laurent, ob. cit., XX, 588; Giorgi, ob. y l. cit. Y sobre el ordenamiento legal véase: Pothier, ob. cit., n. 121; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Marcadé, ob. cit., sobre el art. 1.384, 3; Demolombe, ob. cit., VIII, 611, 612; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Aubry y Rau, ob. y § cit.; Huc, ob. cit., VIII, 444; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 8, 25; Cas. Turín, 14 Junio 1901 (*Legge*, 1902, I, 233).

hay presunción de culpa, ha consentido la prueba liberatoria.

La razón del ordenamiento está toda en la relación de representante y representado que existe entre el autor del hecho ilícito y la persona obligada á responder. Aquí, en el ambiente de los poderes concedidos manifiesta ó tácitamente al representante, es el representado el que obra por medio de otro; el hecho del representante le obliga como si fuese propio.

De donde es natural por lo mismo y lógica la consecuencia de no admitirse prueba alguna liberatoria, porque el concepto de representación lo impide, al representado que objetase el haber puesto en la elección del representante la más escrupulosa diligencia, se replica siempre victoriosamente que esto no quita, respecto al tercero ofendido, que haya sido causado el hecho injurioso por un representante en el ejercicio de sus funciones. La prueba sería inútil, inconcluyente.

Por lo tanto, no al supuesto fundamento de una presunción de culpa se debe pedir la declaración de la ley, sino al otro verdad de la representación. Y nada importa si los trabajos preparatorios y todos los precedentes no aluden en modo alguno á esta idea mientras se ha hablado de la presunción de culpa *in eligendo*; la objeción que se quisiera recabar no rige; y examinando bien este material, resalta que el concepto de elección tiene un puesto junto al de la representación, ni podía ser de otra manera, porque es inherente (como se ha dicho) á la relación constituida: diferentemente en el caso de mandato, y menos directamente en el otro de locación de obra. El comitente, el dueño, no tienen la acción liberatoria que se concede en otros casos al padre, por ejemplo, debiendo reprocharse á sí mismo el haberse confiado á hombres imprudentes ó poco diestros; y no es justo que el tercero sea víctima de esta inconsiderada y mal puesta confianza, causa primera de la injuria que han sufrido.

Así se ha dicho en los trabajos preparatorios de la ley francesa (1); pero ¿es razón bastante el presumir, como se ha hecho, tal consejo en modo absoluto? Si respecto á terceros ofendidos se debe responder por la propia imprudencia, ¿por qué no consentir la prueba de que ninguna culpa, aunque fuese ligerísima, exista en realidad á cargo del comitente?

Consideraciones ya expuestas, y que ciertamente no pudieron escapar al autor del documento que está recordado en los trabajos preparatorios; antes de hacer mención al concepto de la «imprudencia en la elección» se ha adoptado en efecto otro motivo, en el cual se hace resaltar, si no como idea general, con el carácter de un argumento de hecho, el concepto de la «representación», como está puesto en este estudio. «¿Acaso no es el servicio del cual el patrono se aventaja el mismo que causó el daño que se ve obligado á resarcir?» Y en estas palabras (2) está la razón entera de la ley: el servicio, esto es, la obra ejecutada en el interés ajeno (el representado), razón que sufraga por sí sola la disposición sin necesidad de recurrir al concepto de la elección, de la cual se hace también mención, es verdad; pero de los dos motivos, en los cuales el uno por su entidad responde al ordenamiento de la ley y lo explica correctamente en sus varias partes, mientras el otro lo contradice de una manera evidente, el intérprete no puede dudar en adaptar al primero su doctrina. La contradice; conviene fijarse cuando se quiera, como se ha dicho, ver la razón directa de la responsabilidad; ciertamente entra en la composición de la materia jurídica de la comisión, como entra también la culpa *in vigilando*; el que comisiona tiene la elección libre del comisionista, y como tal lo

(1) Bertrand de Greuille, *Rapp. au Tribun.* (16 pluv. a. XII), y Loaré, ob. cit., XIII, n. 14.

(2) Bertrand de Greuille, l. cit. Cons. Ap. Macerata, 5 Febrero 1885 (*Foro it.*, 1885, 1, 811).

tiene bajo su dependencia; así que puede, queriéndolo, vigilar el trabajo. Mas para la responsabilidad esto no importa, bastando para ella el hecho jurídico de la comisión por medio de la representación, que es la figura jurídica que nace de ella; descartado el hecho de la comisión (por incapacidad subjetiva, eliminando la voluntad libre de elección, ó por no existir en el hecho posibilidad alguna de dependencia), falta así la representación; ésta, sin embargo, es siempre la razón directa inmediata de la responsabilidad.

168. Algunos doctores y algunas decisiones de la jurisprudencia (1) acogen la teoría en la supuesta negligencia en la elección como fundamento de la responsabilidad; pero añaden que ésta está, sin embargo, conexiónada, como á otra causa, á una relación de dependencia entre el autor del hecho ilícito y el comitente; cuya relación, si es inconcebible cuando se confie la ejecución de obra extraña á los conocimientos del comitente, lo es si éste se hubiera reservado la dirección ó la vigilancia en la ejecución de la obra encargada (2).

Á dicha doctrina la crítica puede contradecir gravemente; advirtiéndolo, como se ha dicho y se observará todavía, que los dos conceptos de la elección y de la dependencia entran, es cierto, á componer la comisión, pero no entran después á determinar la razón jurídica directa de la responsabilidad del representado. Aparte esta consideración, aun permaneciendo dentro de los términos en que la doctrina antes descrita está propuesta, hay dos motivos distintos de objeción.

El primero, la oposición en que la doctrina expuesta está

(1) Cons. Aubry y Rau, ob. cit., § cit., y la sent. cit. en la n. 2, pág. 383.

(2) Sobre este último punto consúltese la sentencia citada en la nota precedente, y Sourdat, ob. cit., 1, 901. La distinción adoptada en Aubry y Rau, ob. y l. cit., demuestra que en la primera parte de la teoría, el fundamento de la responsabilidad es la *c. in eligendo*.

con el fundamento de la ley, como resulta en los trabajos preparatorios; puesto el concepto de dependencia como razón necesaria y directa de la responsabilidad del comitente, no se comprende por qué esta relación no pueda también existir cuando el agente deba ejecutar labor alguna extraña á los conocimientos del comitente; ¿acaso es menos verdadera por esto, acogiendo, según hace la teoría, el criterio de la elección la imprudencia del dirigirse á persona incapaz ó no diligente al ejecutar el encargo? Y además, la acción del agente (representante), ¿no está siempre en el interés único y directo del comitente (representado)?

Hasta aquí, la teoría ahora discutida añade alguna cosa á la ley: trata probablemente del motivo enunciado antes, que es el rigor de las decisiones, á las cuales se llega con el solo criterio de la elección; rigor en verdad no justificado, cuando se quiera justificar por él el ordenamiento de la ley y explicarlo.

La segunda objeción está además señalada por la contradicción que hay entre los principios mismos que da la doctrina examinada. Por un lado, no existiría la relación de dependencia descrita en el caso de encargo extraño á los conocimientos del comitente; por otra parte, la falta de tales conocimientos nada implicaría cuando el comitente se hubiese reservado la dirección y la vigilancia; y la diversa decisión respecto á la responsabilidad sería explicada con la culpa del comitente, el cual, si no era capaz, no debía asumir en sí ni la dirección ni la vigilancia. Y resultarían dos modos de explicar la responsabilidad en dos distintas posiciones de hecho; esto es, la culpa en la elección y en la vigilancia, y sobre esta última con extensión superior á la primera. Pero precisamente en la segunda hipótesis, ¿por qué negar al comitente el derecho á demostrar el haber empleado la máxima vigilancia? ¿El derecho de prueba contra la presunción de culpa?

Adviértase que en la primera hipótesis, la supuesta culpa en la elección estaría ya implícitamente admitida una

eximente á favor del comitente, al cual se haría responsable solamente cuando la comisión dada no fuese extraña á sus conocimientos. Con la prueba contraria, podría el comitente alegar la ignorancia de las cosas concernientes á la comisión, y combatir, por lo mismo, su presumida imprudencia *in eligendo*; pues bien: esta objeción, siempre posible, está puesta para limitar la regla. ¿Por qué no seguir igual criterio respecto á la presunción de culpa *in vigilando*?

169. Estas incertidumbres, este insistir más ó menos abiertamente sobre la severidad de la prohibición de la prueba contraria, y sobre el modo de llevar la interpretación en manera que se disminuya su extensión, dependen de la debilidad del argumento sobre el cual se apoya la construcción que por costumbre se hace.

La gravedad de dichas consecuencias está ciertamente en esto: que la jurisprudencia insiste en querer como extremo de la responsabilidad la relación de vigilancia, sin el cual faltaría la comisión, y se aleja así del verdadero fundamento de la ley, como resulta de los trabajos preparatorios y de la disposición referente á la prueba liberatoria. Que la dependencia concurra á dar, como se dijo, la materia de la comisión, se comprende; que en esa se contenga también la posibilidad de la vigilancia, también se comprende; pero el defecto de dicha vigilancia no induce defecto de dependencia, no altera la figura de la representación, de donde emana directamente la responsabilidad. Es hecho del todo íntimo que se refiere al comitente, y frente á los terceros ofendidos por el agente basta solamente que él sea el representado por el agente.

Que es también objeción común á la doctrina de la presunción de culpa *in eligendo*: si ésta fuese verdaderamente la razón de la ley, no se podría entender y justificar la prohibición de la prueba contraria, que, sin embargo, está admitida por cuantas legislaciones fundan sobre tal concepto la responsabilidad del representado. El criterio que existe

en los trabajos preparatorios y el sistema de la ley parece sea, por lo tanto, el enseñado aquí de la «representación», entendida en el modo indicado y en la diversa figura de relaciones en que puede presentarse: de donde la distinción propuesta en representación verdadera, propia y representación en general.

Por cuyas figuras, que representan plenamente el contenido de la distinción, fácilmente se comprende cómo en las relaciones entre conductor y alquilador de obra, no surgiendo inmediatamente, directamente la idea de la representación (que existiría, por lo mismo, solamente en relación á tercero), las disposiciones que reglamentan el mandato sean inaplicables. El mandante, ordena la ley, debe indemnizar al mandatario de las pérdidas sufridas con ocasión de los encargos recibidos, cuando no se le pueda imputar culpa alguna (1); el alquilador de obra ¿podría reclamar dicha indemnización por el daño que le ha sobrevenido al ejecutar el trabajo que se le confió, alegando ser representante el conductor? Así se dijo al buscar apoyo para la teoría que daba enteramente cualidad de contractual á la dicha responsabilidad de los patronos, respecto á los obreros, por los accidentes del trabajo (2), y no fué argumento bien acogido, especialmente en consideración á los extremos que constituyen la locación de trabajo (3). Y esto es verdad; pero

(1) Cód. civ. art. 1.734; Cód. civ. fr., art. 2.000; Cód., civ. austr., art. 1.015 (limitado exclusivamente al mandato gratuito); Cód. civ. austr., § 1.014; Ley federal suiza, art. 400; Cód. civ. de la República Argentina, art. 1.953. V. Unger, en el *Jahrb. f. R. D.*, XXXIII, pág. 325 y siguientes.

(2) Ap. Chambéry (*J. du P.*, 1882, I, 507). V. Chironi, en la monografía cit.: de la *Responsabilità dei padroni*.

(3) Cas. fr., 24 Enero 1882 (*J. du P.*, 1882, I, 567), y Ap. Grenoble, 10 Enero 1883 (*J. du P.*, 1883, I, 334). Lo afirmado en el texto no contradice, antes bien, esclarece mejor la opinión sustentada en Chironi, *Della responsabilità dei padroni*, Siena, 1884. Cfr. Sauzet, *Responsabilité d. patrons*, en la *Revue critique*, XII, 596 y siguientes, núm. 39 y siguientes. V. Chironi, *Colpa contratt.*, pág. 123 y

con esto no se contradice que también el concepto de la «representación» sobresalga indirectamente, confundiendo la relación de la locación de obra con el mandato, como hace la teoría descrita, sino solamente respecto á terceros.

170. Establecido de tal manera el concepto de la «representación» como razón directa de la responsabilidad del comitente, hay necesidad de fijar las condiciones generales que deben concurrir á esto para que en ella se determine la responsabilidad del representado por los hechos ilícitos del representante, y son:

a) Que el representante haya obrado bajo tal cualidad y en forma inmediata de representación;

b) Que haya cometido el hecho ilícito en la ejecución del encargo que se le ha confiado é inherentemente;

c) Que exista efectivamente el hecho ilícito á cargo del representante.

Pocas consideraciones bastarán para demostrar cómo solamente por el concurso de estos tres elementos se determina la responsabilidad en cuestión, la cual además indudablemente existe, aunque la causa del hecho ilícito haya sido la ignorancia del representante (1).

171. a) La primera de las condiciones ahora descritas está justificada por la índole misma de la representación. Que está, se comprende en cuanto que el representante obra como tal, porque de otra manera obraría por cuenta propia ó en nombre propio, y sólo su persona y no la del representado resaltaría entera en el acto que cumple, y no existiendo más que el representante que obra, ninguna obligación puede derivarse directa é inmediatamente de su acto á cargo de la persona representada (2).

Se ha añadido en forma inmediata de representación,

sig., donde está establecida la diferencia que distingue este concepto y su relación con el depósito.

(1) Cons. Ap. Casal, 30 Diciembre 1881 (*Giurispr. di Casale*, 1882, 84).

(2) V. el § 3 A del presente capítulo.

porque se la puede entender en dos modos: esto es, según que tenga lugar en forma inmediata ó mediata. Ciertamente, la distinción parece que repugna á la estructura jurídica del instituto, porque en la representación mediata falta la acción del representante como tal, en cuanto que obra y debe obrar por sí; de todos modos, es también exacto que en las relaciones internas existe la relación de comisión. Con estas declaraciones y con la reserva que en ellas se contiene, se observa que si en la representación dicha inmediata (la verdadera, propia representación, la representación) el representante obra en nombre y en el interés del representado, al cual, por esto, se refieren directamente los derechos y las obligaciones derivadas de tal acción, en la mediata existe, es verdad, la relación de representante y representado entre las partes que la estipularon; pero al cumplirlo, el representante obliga directamente su persona respecto á terceros, como respecto á éstos adquiere derechos; así que el representado (aunque el tercero conozca la relación existente entre él y la persona con que trata) queda perfectamente extraño á estas operaciones (1).

Es evidente, partiendo de tales principios, que en la materia que se examina solamente de representación en forma inmediata puede hablarse. En efecto, si en la representación en forma mediata el representante no obra en nombre del representado (*dominus negotii*), sino en el suyo, y obliga un tercero hacia sí, como se obliga él directamente respecto á él, ni siquiera por los actos ilícitos á los cuales haya dado causa podrá nunca obligar al representado, y lo mismo que se observa en las relaciones contractuales, así en los hechos ilícitos su persona es directa y únicamente sujeto de derechos y de obligaciones (2).

(1) Jhering, *Sui comitati*, en el *Jahrbucher f. d. Dogmatik d. heut.*, etc., XVIII, fasc. 1, 2.

(2) Otra cosa es ver si el tercero ofendido puede obrar en virtud

De tal representación en forma mediata ocurren en la ley varios ejemplos. Se la encuentra con ocasión de representación constituida en origen como verdadera y propia, cuando el mandatario obra en nombre propio: la ley dispone esto expresamente (1) en la hipótesis de negocio contractual entre mandatario y tercero; pero su decisión está sacada de un principio de tal manera general é innato en la esencia misma de la representación, por lo cual sería ilógico si no se le extendiese también á las obligaciones que derivan también de hecho ilícito cometido por el mandatario en la ejecución del trabajo confiado. Igualmente la ley comercial, al reglamentar el contrato de comisión, dispone de la obligación directa del comisionario respecto á terceros, y de éstos respecto á él, porque en la comisión, si el tratamiento de los negocios tiene lugar por cuenta del comitente, lo tiene, sin embargo, á nombre del comisionista (2).

Hasta aquí, fuera de la discusión sobre la conveniencia de denominar representación la relación en que ésta se ha hecho aparecer de una manera mediata, ninguna duda grave ocurre en la exposición de los principios, y por las declaraciones hechas sobre su razón económica y jurídica no debería encontrarse ni siquiera á la representación que se ha dicho en general; aun con ésta, si la persona á la cual se ha encargado un determinado servicio lo ejecuta ó cumple negocios que necesariamente á él se refieren, obrando en nombre propio, esto es, poniéndose en evidencia á sí

---

de la prohibición del enriquecimiento, injusto, contra el representado; mas entiéndase que no es por la representación por lo que este último estaría obligado, sino por la *in rem versio*. Sobre esto véase Chironi, *C. contratt.*, págs. 259, 292, y Cód. civ. germ., § 687, y Planck, ob. cit. sobre este §.

(1) Cód. civ., art., 1.744; Cód. civ. austr., § 1.017; Cód. feder. suizo, *De las oblig.*, § 37; Cód. de la Rep. Arg., art. 1.946; Cód. de Chile, art. 2.151.

(2) Cód. de Com., art. 380. Cons. Sraffa, mon. cit.

mismo y no la cualidad propia del hecho ilícito cometido, en tal ocasión será exclusivamente responsable. Así, en la hipótesis de la adjudicación hecha para la construcción de un edificio ó de la ejecución de otra obra determinada, y siempre que el negocio conserve la figura de locación de obra (1), si el adjudicador contrata en nombre propio la adquisición de un terreno con el fin de extraer materiales que le sean necesarios, el daño causado á los obreros por él empleados por causa de accidente derivado de mala dirección ó de falta de vigilancia no se podrá imputar á cargo del comitente. Obsérvase aquí, indudablemente, la relación de comisión y el advenimiento del hecho en relación al objeto para el cual la locación se constituyó; pero la representación inmediata respecto á tercero falta del todo. No podría decidirse de igual modo en la hipótesis en que el terreno fuese del comitente y éste lo hubiere cedido en virtud del contrato para la extracción de materiales, aunque los obreros empleados en los trabajos de extracción hayan sido empleados directamente por el empresario, el cual, como alquilador de trabajo, obraría siempre en representación (genérica) del comitente. Resolución ésta que no contiene un principio propio, sino es solamente la explicación del concepto antes propuesto, de conformidad con los términos del hecho especial á que se refiere; en el sentido de que la acaecida concesión, cuando otros elementos con estos no contraste, significaría la obligación del comitente de dar los materiales en la medida y calidad que el terreno cedido puede suministrar. Si en cambio, por los términos del contrato se ve que la concesión del terreno, aunque motivada por la comisión de la obra adjudicada, existe en sí misma, esto es, que es venta del derecho de extraer los materiales, otra es la resolución que debe seguirse (2).

(1) V. el § 3 A del presente cap. y Chironi, *C. contratt* cit., página 400 y siguientes.

(2) V. inmediatamente el § relativo á la representación *in genere*. La cuestión discutida en el texto demuestra que entre las mis-

172. b) Por el segundo de los extremos descritos se demuestra que el acto cumplido por el representante en tal calidad no debe exceder los límites de las funciones consentidas por el representado; de otra manera, la representación faltaría del todo (1). La voluntad del representado determina, esto es, hasta qué punto quiere aprovecharse del trabajo ajeno, y consiente á que en el acto del representante se manifieste su personalidad; por esto, si el representante va más allá de los confines señalados expresamente por el representado ó comprendidos en la naturaleza del negocio del cual se ha encargado, viola la ley de la representación, y ésta no existe en su acto. En resumen: en el representante no puede darse esta cualidad independientemente de la causa por la cual le ha sido atribuída, y cuando propase los términos en los cuales está comprendido su encargo, no obra ya como representante, sino en nombre propio. Y esto, no sólo sucede en la sola representación voluntaria, sino también en la legal ó necesaria, como se verá después (2); la excepción de la relación no consentiría distinción alguna sobre este punto.

Este concepto, concerniente á la existencia de la representación, expresamente reglamentado en materia de negocios contractuales (3), no es menos cierto en el caso de relaciones extracontractuales, á las cuales el representante dé

mas partes pueden existir, con estrecha relación entre ambas, las dos figuras, una la relativa á la representación *in genere*, y la otra no; pero la relación establecida (sea una motivo de la otra) no altera la respectiva estructura jurídica.

(1) V. en seguida la n. 3. Cons. Aubry y Rau, ob. y § cit.; Laurent, ob. cit., XX, 582 y siguientes; Demolombe, ob. cit., VIII, 613 y siguientes; Huc, VIII, 444. Cas. Turin, 5 Diciembre 1898 (Ley 1899, I, 224); 14 Julio 1900 (*id.*, 1900, II, 547).

(2) V. el núm. 175.

(3) V. Chironi, *Culpa cont.*, cap. VIII, § 1; v. Cód. civ., artículo 1.742, 1.752; Cód. civ. fr., arts. 1.989, 1.998; Cód. civ. suizo, *De las oblig.*, art. 36; Cód. civ. austriaco, § 1.017; Cód. civ. de la República Argentina, art. 1.946.

causa en el ejercicio de sus funciones; la naturaleza misma del instituto lo hace de virtualidad general (1).

173. *c)* La tercera condición es también común á la hipótesis en que el representante se encuentre en culpa respecto á los negocios contractuales constituídos en el ejercicio de sus funciones, ó que á éstas se refieren, y es, por lo mismo, como las otras dos, inherente á la estructura jurídica de la representación.

El representante no obliga al representado cuando el hecho ilícito haya ocurrido con el solo concurso de los dos extremos hasta aquí descritos; es todavía necesario que á tal hecho se le pueda afirmar la culpa, porque si así no fuese, de nada debería responder, ni, por consecuencia, á nada estaría obligado el representado; si á él deba referirse el acto del representante, es necesario que exista jurídicamente completo en el agente; de ahí el concepto de garantía propuesto para explicar esto, que á otros pareció deber llamar responsabilidad del representado sin culpa suya. Así que por dicha responsabilidad, derivada de la representación, como su sola fuente directa, para que exista el hecho ilícito, el agente debe encontrarse en culpa, y de ésta conviene pueda hacerse cargo; cuando esto sea, y esté así constituida jurídicamente la injuria, ninguna otra indagación, según se advirtió á su tiempo (2), debe hacerse respecto al representado, el cual, en virtud de la representación inherente á la relación que lo liga al agente, es responsable.

En pocas palabras: en el agente (representante) obra jurídicamente el representado, el cual, una vez conocida la existencia del hecho ilícito respecto al representante (con

(1) V. las aplicaciones especiales en los §§ siguientes, y los datos sobre jurisprudencia y doctrina en las notas.

(2) V. Chironi, *Colpa contratt. cit.*, núm. 47, y en este volumen los núms. 158 y 159.

el concurso de las condiciones descritas), queda obligado (1). Puede suceder, es verdad, que la injuria no sea imputable al agente incapaz, y que el representado deba, sin embargo, responder, si, conociendo ó debiendo conocer el estado del agente, lo quiso ó lo dejó, sin embargo, representante suyo; pero ¿quién no ve que aquí la responsabilidad no pertenece ya á la representación, sino á una culpa verdadera, personal del obligado? De lo que se hablará después en el estudio acerca de las causas eliminantes ó disminuyentes de la responsabilidad, que será también el lugar para indagar cómo, debiendo por los hechos ilícitos dolosos del representante responder el representado, en virtud de la representación, según quiere la regla ahora fijada (2), pueda el dolo alguna vez determinar el hecho como personal del agente; y la responsabilidad personal derivaría entonces del defecto de la representación en el momento en que se cometió el acto ilícito.

174. Respecto á las figuras especiales del agente y del sirviente, en que, según las ideas aquí expuestas, se encontraría siempre la aplicación del mismo principio general, que es la representación, algunas doctrinas, al atenerse á la presunción de culpa *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad, añaden la necesidad de que una relación de dependencia exista entre el autor del hecho ilícito y la persona responsable; se dice que no se podría concebir cuando la comisión dada sea extraña á los conocimientos del comitente. A cuya teoría se aludió antes (3); y se tuvo con esto ocasión de enunciar los argumentos que le son contrarios; y se habla ahora nuevamente con el fin de examinar si junto á los extremos designados sea también ne-

(1) Conviene completar la teoría con cuanto se ha dicho en el cap. X, § 1.

(2) Cons. Laurent, *ob. cit.*, XX, 582 y siguientes; Aubry y Rau, *ob. cit.*, IV, § 447; Huc, *ob. cit.*, VIII, 449 Cfr. Demolombe, *ob. cit.*, VIII, 613 y siguientes.

(3) V. el núm. 168.

cesaria otra condición especial para que exista la responsabilidad designada en el texto como genérica ó en general.

Los principios expuestos aconsejan mantener la respuesta negativa antes dada á la cuestión. El concepto de la representación se desprende claramente de la relación por la cual uno encarga á otro el hacer alguna cosa en su nombre é interés, y para sostenerla no necesita otros elementos. Esto fué bien entendido en los trabajos preparatorios de la ley francesa (1), donde se afirma la justa responsabilidad por el daño producido al ejecutar una cosa en ventaja toda del comitente: no se hace mención alguna á la necesidad de que el objeto de la comisión no esté fuera de los conocimientos de quien la da (2).

Pero ¿deberá desecharse también el elemento de la dependencia? De esto ya se ha dicho cuál es la entidad y las especiales virtudes que tiene; y según las ideas expuestas, parece no se la pueda eliminar, manifestándose por lo mismo un efecto de la relación existente entre representante y representado, y esto es término de la representación, y no sólo de aquélla en general, sino también de la propia. Por esto es inútil indicarlo: ya se tenga la figura de mandatario ó la otra de alquilador de obra, al aceptar el encargo confiado por el mandante ó por el conductor, se entra por él en una verdadera dependencia, en el sentido de que la comisión dada debe ser ejecutada según las instrucciones particulares ó generales dadas, y, en defecto suyo, el oficio para cuyo cumplimiento fué dejada al representante mayor ó menor libertad de acción, debe ser ejecutado en el modo más conforme al interés del representado. El cual, para el mejor éxito de la comisión dada, puede dejar (y puede también presumirse según su voluntad en tal sentido) libertad de acción, sin que sufra el vínculo de dependencia

(1) V. Bertrand de Greuille, *Rapp. cit.*, en Loqué, obra y lugar citados.

(2) Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, núm. 10.

que está implícito en la comisión, ó más generalmente en la representación; así que dependencia no significa la sujeción hacia el representado, sino la condición en que está el representante por efecto del encargo recibido.

175. La representación se sabe que puede derivar de dos fuentes: la voluntad y la ley; de donde resulta que, según su origen, es ó convencional ó legal; distinción que, por otra parte, no tiene eficacia alguna en cuanto al quitar ó disminuir la responsabilidad que corresponde al representado por los hechos ilícitos ejecutados por el representante. La ley, ejerciendo su poder directivo soberano, constituye á ciertas personas un representante ó exige por su posibilidad jurídica de actuar que sea constituido: ¿por qué debería faltar aquí el concepto de la representación? (1).

En la clase de la representación legal debe inscribirse la posición jurídica del tutor, que es representante legal del menor (2); es un mandato que la ley le impone de cuidar de los intereses del menor y de representarlo, fijando los límites que declaran la extensión de los poderes que se le han conferido. Pero el menor ¿responderá de los hechos ilícitos á los cuales haya dado causa el tutor en el ejercicio de dicha representación legal? Ó ¿no deberá en cambio decirse que esta responsabilidad desaparece cuando á constituir la representación haya faltado la voluntad directa del representado? Ó cuando menos, ¿no parece natural que no teniendo el tutor autorización alguna para cometer hechos ilícitos,

(1) Cons. Almeras-Latour (*Rapp. en el J. du P.*, 1891, I, 627) refiriéndose á la responsabilidad de los municipios: «así, para ciertas personas morales, por ejemplo, para un municipio, para una administración pública, la elección puede tener lugar, ó, en otros términos, el agente puede ser nombrado por el poder central ó por el prefecto que interviene, ya sea por motivos de interés general, ya sea en virtud de un alto derecho de tutela que le hace sustituirse á la colectividad misma. Esta no queda menos sometida á la responsabilidad del derecho común.»

(2) V. Chironi, *Culpa contratt.*, núm. 47.