

por la prohibición de la prueba contraria impuesta al comitente? Alguna legislación (1) regula, en efecto, las dos especies según un principio común, y sin embargo parece que, de cualquiera manera que se considere, se traduce en ventajas para la crítica que se hace de la severidad de la ley: fallos y decisiones hay, no obstante, en los cuales viene como indicado el poder de vigilancia del comitente sobre el agente, poniendo así la *c. in vigilando* como fundamento de las varias hipótesis de responsabilidad llamada por la ley *por hechos ajenos*.

La dificultad es sólo aparente, y bien se advierte cuando se contraponen las dos figuras jurídicas que constituyen su entidad. En una de ellas, la razón de la responsabilidad está (con relación al arrendador) en el hecho de la cohabitación consentida por el arrendatario, extendiendo á otras personas el goce del fundo. El daño, pues, en la casa ó en el predio alquilado es producido por un individuo habitante del mismo con consentimiento del arrendatario. La posición del doméstico ó sirviente es, por tanto, idéntica á la de esas otras personas componentes de la familia. Y aun podría decirse que éste es uno de los poquísimos casos en los que en la ley moderna reaparece, ó, mejor, se conserva la antigua noción jurídica de la *familia*, deducida de la comunidad de domicilio y remontándose en sus efectos jurídicos al cabeza de la misma (2). En la segunda hipótesis (*c. aquiliana*), el fundamento de la responsabilidad es bien diverso; el sirviente aparece frente al tercero lesionado por el delito ó por el cuasidelito, por el hecho ilícito, en fin, como representante del patrón, y de aquí la aplicación de la ley común á todos los representantes y la necesidad de que el hecho sea ejecutado en el ejercicio de las funciones inheren-

(1) Cons. Cód. fed. suizo, *De las oblig.*, art. 61; cfr. art. 62. Véase Schneider y Fick, ob. cit., sobre el art. 61, 62.

(2) Jhering, ob. cit., II; *d. Zw. i. R.* cit., I, 8 y sig.

tes, que es una restricción que no concurre en la primera de las dos figuras descritas (1).

Cuya distinción, antes propuesta, contribuye, sin embargo, á justificar la teoría aquí aceptada como fundamento de la responsabilidad en el examen de la culpa aquiliana.

186. Las ideas desarrolladas sobre la razón de la responsabilidad que nace de la comisión (2) y la crítica promovida á las teorías dominantes sobre este punto dispensarían el volver á examinar las cuestiones concernientes á tal sujeto; pero su importancia es tal, y, por otra parte, los conceptos acogidos en este trabajo desechan, según el criterio que inspira á la ley, toda excepción indulgente que ésta no quiera en modo que parece necesario el retroceder para apreciar, aunque no fuese más, todavía una vez las teorías emitidas sobre el argumento y aquí contradichas.

Que el agente deba en tal calidad cometer el hecho ilícito para que se haga responsable al comitente ó al amo, está generalmente admitido, y no solamente la claridad de la ley, sino la lógica de los principios, demuestran la necesidad de esta condición, que es principal. Pero ¿cuándo se tendrá la relación de comisión? Ya se ha dicho que goza del gran favor de la jurisprudencia, que requiere entre quien se sirve del trabajo ajeno y el que lo presta una relación de vigilancia (3), que es razón directa de la responsabilidad, y se observó que de tal suerte no se comprende cómo la ley haga la prohibición de la prueba contraria concedida en otros casos donde está precisamente de relieve la culpa presumida *in vigilando*, como sucede en la responsabilidad de los padres y del tutor. Añádase que los doctores, al sostener la teoría, no están de acuerdo al establecer los criterios ne-

(1) V. Chironi, *C. contratt.*, cit., l. cit. Sobre las consecuencias civiles del crimen cometido por el sirviente, v. Cas. fr., 3 Marzo 1884 (*J. du P.*, 1885, I, 32).

(2) V. el § *Generalidades*, ya citado.

(3) V. la nota precedente.

cesarios para determinar esta relación de vigilancia; y no es aquí el caso de buscar si el acuerdo es posible, porque la diversidad de opinión trae su origen de un defecto común, cual es la errónea declaración dada por la ley, de cuyo error algunos tratan de atenuar los efectos, movidos á esto sin duda por la necesidad de limitar una extrema indulgencia que contradice de un modo bien manifiesto la norma legislativa.

Se ha hecho la proposición (1) de construir la teoría enseñando que existe el derecho de vigilancia cuando «el vigilante se haya reservado expresamente la facultad de dar órdenes ó al menos instrucciones á propósito de la comisión», y se deduce que esto falte «cuando el agente se encuentre ya bajo la dependencia de otra persona diversa del comitente, cuando no esté bajo las órdenes de éste»; se evidencia, además, con el hecho del encargo dado á un empleado público, de cuyo hecho ilícito no debe responder el comitente. ¿Y en qué modo se podría entonces justificar la parte por el hecho del ujier que obra á instancia suya? Se da también como ejemplo «el recurso por la obra del artífice ó del operario al servicio de un contratista conocido, cuando el contrato esté hecho con éste»; el ejemplo no es serio: ¿no está acaso hecho aquí el contrato directamente con el contratista? Se añade también la hipótesis del «envío del propio dependiente ó agente á trabajar bajo las órdenes de otro, en cuyo caso es este último el que adquiere la calidad de comitente». Ahora bien: admitiendo aquí la exactitud de la comisión, no la falta de la relación de vigilancia, hace desaparecer la figura de la comisión, porque falta la comisión misma, que se determina directamente entre otras personas (2). Pero obsérvese: el contratista que envía á casa

(1) Giorgi. ob. cit., 327 y sig.

(2) Así, el armador de una nave con la dotación, no responde de la culpa del capitán: Cas. fr., 5 Enero 1891 (*J. du P.*, 1892, I, 247), á menos que, no obstante el alquiler, no conservase ésta su autori-

ajena al propio agente á trabajar, ¿no ejercita con esto un verdadero acto de comisión?

¿Ha perdido verdaderamente la calidad de comitente? La vigilancia que se reserva y asume el tercero, ¿no limitaría su virtud á reservar al concesionario sólo el derecho de reversión? Además, si es verdad que la relación de vigilancia consiste «en el derecho de dar órdenes ó al menos instrucciones al preboste», en la hipótesis ahora enunciada se vendría á esto: «el que envía un agente á trabajar en casa ajena, por esto mismo le da una orden de la permanencia de la relación de comisión; el agente, en consecuencia de las órdenes del amo, va á ejecutar el trabajo ordenado, y al ejecutarlo, debe obedecer las órdenes del tercero; esta es, se dice, otra relación de comisión». Por lo que se debería argumentar desde luego á una doble comisión, ó también no admitir ninguna. En efecto: ó la responsabilidad consiste en la elección, y entonces, estando hecha ésta por el comitente, debería ser él el responsable, ó se refiere toda á la vigilancia, y entonces la responsabilidad pesa sobre el propietario ó sobre uno y otro de estos dos elementos (así afirma la teoría ahora discutida), y como ni el comitente ni el propietario han realizado tal concurso, ninguno de los dos debería ser verdadero comitente ni responsable.

Cuyas incertidumbres derivan todas del querer poner una regla que se acerca, sí, al concepto contenido en dicha relación, que se ha llamado aquí «representación», pero se le confunde luego con el elemento de la vigilancia, cuando es del todo distinto. El mandante da órdenes, da instrucciones: ¿es motivo éste para que sea responsable por el defecto de vigilancia?

187. Se ha hecho, sin embargo, observar que si las relaciones entre el mandante y el mandatario fuesen tales que dejasen á este último libertad ilimitada en el ejercicio de

dad (Cas. fr., 28 febrero 1894; *id.*, 1894, I, 271), porque entonces la nave y su servicio estará bajo su dependencia.

los encargos que se le han dado, faltaría la vigilancia y con ésta la responsabilidad: y de esto habría ejemplo en el hecho de dar una finca en arriendo ó un trabajo á destajo. Ahora bien: la razón de la irresponsabilidad en estos dos casos es en tal manera débil, que si fuese verdadera (1), se debería sostener la decisión opuesta, cuando órdenes expresas limitasen la libertad descrita. Supóngase, en efecto, que se imponga al arrendatario la obligación del disfrute en un modo determinado; que al que tome á destajo la construcción de un edificio se le imponga un plano con arreglo al cual deba proceder en sus trabajos: se debería deducir su calidad de agentes, y esto no es y no puede ser. Y la jurisprudencia, nótese, por último, ha sostenido muy á menudo el concepto contrario al combatido aquí, buscando y fijando la razón de la responsabilidad por el hecho ilícito del capitán del barco (2).

Sobre la necesidad de que se tengan los conocimientos idóneos para poder dar órdenes ó instrucciones, y que sea posible la vigilancia y por ella la comisión, ya se hablado ampliamente (3), haciendo notar las contradicciones en que se incurre al adaptar (4) á la ley una teoría que con ella no concuerda bien. Ciertamente, puesta la culpa en la vigilancia como fundamento de la responsabilidad por los hechos ilícitos del agente, la condición descrita parecería muy justa, y, sin embargo, no todos la acogen, temiendo por ella no derogar demasiado la severidad de la ley (5). Esta resistencia ¿no da acaso idea de la poca bondad del principio, al cual se quería agregar aquí la condición subjetiva de cons-

(1) V. el § precedente; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 11; Sourdat, ob. cit., II, 890; Muteau, ob. cit., pág. 201 y sig. Cas. pen., 26 Septiembre 1901 (*Legge*, 1901, II, 777). Cons. también Cas. Roma, 16 Abril 1901 (*id.*, 1901, II, 75).

(2) Chironi, *Colpa contratt.*, cit., n. 299.

(3) V. el pre. de este cap.

(4) Aubry y Rau, ob. y ed. cit.

(5) Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 10.

ciencia de que se ha hablado? Por otra parte, ¿cómo se coordinaría dicha doctrina con la responsabilidad cierta, indiscutible para los hechos ilícitos del propio representante judicial? ¿Cómo explicar por ella la responsabilidad generalmente enseñada del dueño de una oficina por los hechos ilícitos del agente, de los cuales salieron perjudicados los obreros, no obstante sea alegado por él el desconocimiento del tecnicismo relativo á la industria ejercitada? Conviene además recordar que es muy posible la hipótesis del propietario que no tenga conocimiento alguno del arte de construir en albañilería, y, sin embargo, ejerce la vigilancia activa sobre los obreros, con el fin de asegurarse de la continuidad del trabajo: ¿se tendrá aquí una verdadera vigilancia, ó bastará para esto que se le considere comitente? Y parece claro que en caso afirmativo se está en evidente contradicción con la teoría (1).

188. La doctrina propuesta se aleja de dichas contradicciones, y esto es por sí mismo prueba de su íntima conformidad con la ley.

Déjese aparte el caso típico de la representación verdadera y propia, respecto á la cual no parece posible ocurra duda alguna; de la otra de que se ha hablado en «general», se ha dicho consistir «en el hecho del encargo ó del servicio prestado en nombre y en interés ajeno, y, en consecuencia, de consentimiento del interesado». Y de la definición así propuesta resulta:

a) La relación de dependencia que por justa inherencia con el encargo existe entre el comitente y el agente. Y sucede siempre por efecto del negocio para el cual se contrata la prestación del servicio, de donde parecería de poca monta el hacer mención especial; ahora bien: haciendo aplicación á la hipótesis de contrato directamente constituido con quien se encuentre sirviendo á otros, resulta que

(1) Y estando á cuanto enseñan Aubry y Rau, ob. cit., § 447, la afirmativa no parece dudosa.

el conductor se encuentra respecto á él en la posición de comitente. El valor, por lo tanto, de la locución *dependencia*, como está empleada aquí, no se refiere para nada ni á la elección ni á la vigilancia (1).

b) En virtud del criterio de la representación, se comprende que, faltando ésta, deba también faltar la responsabilidad del representado; así el conductor de cosas no representa ciertamente el alquilador (2), como tampoco representa al comitente quien queda obligado con él por un precio hecho por todo el trabajo (3), siempre que por el modo con el cual se deba prestarse la figura de la locación del trabajo quede fuera de la relación establecida.

Cuya reserva induce á aclarar con más determinación la regla propuesta acerca de la exactitud de la representación en general: «pero como tal representación nace de la ejecución de un encargo en nombre y en el interés ajeno por encargo recibido, faltando tales extremos y desapareciendo así el negocio propio de locación de trabajo, la representación también falta». Y aplicando la teoría á la hipótesis de la adjudicación, y partiendo del concepto formulado en otro lugar (4) respecto á su entidad jurídica, se dirá que el adjudicador es agente verdadero mientras en el negocio se conserve la figura de locación del trabajo, y que sucederá lo contrario cuando el negocio tome figura de venta.

(1) Podría deducirse que tal dependencia no presupone la necesidad de que el representado esté obligado á dar instrucciones al representante; ahora bien: cuando este caso se dé, no será justo conferir la no existencia de responsabilidad del representado. V. Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384. n. 8; Aubry y Rau, ob. cit., § 447. En consecuencia del principio enunciado en el texto, se entiende que para el caso de obra dada por contrato, el hecho del comitente de reservarse la dirección del trabajo no induce la responsabilidad como representado.

(2) Cons. Ap. Tolosa, 3 Marzo 1883 (*J. du P.*, 1884, I, 879).

(3) V. la n. 1 á la pág. 420.

(4) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., n. 71.

189. Se ha propuesto también el contar entre los elementos esenciales la responsabilidad del comitente (y del amo), la libre elección del agente (y del sirviente); ahora bien: mientras quieran dicha condición, todas las que consideran la culpa presumida *in eligendo* como la sola razón de la responsabilidad ordenada por la ley, el razonamiento no se refuta; pero lo contrario sucede á quien sostenga que esta responsabilidad está sostenida por la culpa *in eligendo* y por la otra *in vigilando*. Las dos figuras de culpa de este modo presumidas, no tienen entre si vínculo que aproxime su naturaleza y pueden existir separadamente; pero la doctrina que las hace partícipes á ambas del efecto, que es la responsabilidad del comitente, ¿querrá el concurso de ambas para que tal resultado se obtenga?

La cuestión no ha sido hasta aquí considerada materia de examen; sin embargo, parecería de fundamental importancia para la construcción de la teoría. En efecto: ó parece necesario el concurso y deberíase consentir la prueba encaminada á demostrar la existencia, ó basta uno solo de los dos elementos y la teoría desaparece. Obsérvase, respecto á la primera parte del argumento ahora propuesto, que no se tiene la posibilidad de probar en contra de la presunción de culpa *in eligendo*, no concediéndola la ley (1); pero esto sentado, ¿cómo puede declararse el ordenamiento legislativo y fijar con tal fin los criterios que gobiernan los institutos reglamentados, introduciendo entre ellos un elemento que no tiene por su estructura idoneidad para serlo? Explícate, es verdad, la construcción, observando que la presunción de la ley sería aquí *juris et de jure*; pero adviértase: ante todo, no se piensa que es necesario indagar si verdaderamente la presunción está en la ley antes de calificar la entidad, y además no se advierte que todo lo que se dice de la culpa *in eligendo* se debería también decir de la otra *in vigilando*; la ley no se calla respecto á aquella más de lo que

(1) V. Cód. civ., art. 1.153 cit.

lo hace respecto á ésta, y así, empleando igual criterio de interpretación, la presunción debería ser *juris et de jure* aun para la culpa presumida de la vigilancia. Pero según lo que varias veces ha habido ocasión de observar, es posible la existencia de dicha contradicción en la ley, que en la misma disposición ha concedido la prueba contraria en algunos casos en que efectivamente sin duda alguna la responsabilidad está fundada sobre la culpa presumida *in vigilando*, á cuyo propósito no será cosa inútil preguntar si con arreglo á la teoría examinada pueda el responsable hacer la prueba contraria á la presunción de culpa *in vigilando*. Si esto se niega, la doctrina discutida queda en contradicción con la ley; y cuando se afirme si la prueba resulta, ¿desaparecerá por esto la presunción?

190. Por lo tanto, ni la elección ni la vigilancia deben suministrar argumento de presunción de culpa al cual referir la razón de la ley, sino el criterio de la «representación», por la cual obra directamente por sí cualquiera que obra por otro (1).

La ley es severa, se objeta; la disposición donde está puesta la prohibición al comitente (y al dueño) de valerse de la prueba contraria, está en contra de la justicia, contra la civilización, y una sabia interpretación debe hacer más leves las inicuas consecuencias (2). Si hay algo en la doctrina combatida que demuestre netamente la debilidad de su estructura, es esta confesión: la severidad de la ley no consiente en manera alguna al intérprete darle un significado que repugne á su fondo; ciertamente puede y debe consentir al intérprete la facultad de interpretar el pensamiento que existe en la ley de modo que sus ordenamientos estén siempre conformes con el ambiente social sobre el

(1) «*Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*» L. 10, D de R. I. (L. 17). Cons. Ap. Macerata, 5 Febrero 1885 (*Legge*, 1885, I, 735).

(2) Giorgi, ob. cit., IV, 229, y v. en este cap. el § precedente.

cual ejercen el oficio regulador; pero esto á condición de que el fin cierto y claro á que tiende la ley, no sea alterado ni en manera alguna transformado, contrariando su naturaleza.

Clarísimo es, y no ofrece dudas de ninguna clase, el precepto legal que ordena la responsabilidad, no pudiendo acusarse de contradecir á la justicia el que estatuya que «*secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*», pues está en consecuencia manifiesta de una relación que se determina respecto al comitente, si, salvo en él el derecho de reversión, los terceros ofendidos pueden pedir el resarcimiento del daño sufrido por el hecho ilícito del agente. Su obligación nace, esto es, de la «representación» respecto á terceros; el no ser él culpable hará responsable hacia sí al agente, pero no servirá para librarlo de las consecuencias inherentes á su condición de representado.

Y ni siquiera puede criticarse la ley por disformidad con las condiciones del vivir civil: todo lo contrario. El principio de la responsabilidad individual informa en cambio enteramente esta parte del ordenamiento jurídico; ni estará fuera de lugar el recordar cuanto sucede sobre la responsabilidad de los patronos, efecto del daño causado á los obreros por el hecho ilícito de otro operario; ¿ha dudado nunca la jurisprudencia, antes que las leyes especiales sobre accidentes resolvieran en este sentido la dificultad, el afirmar la responsabilidad del patrono sin preocuparse para nada de su ignorancia, como excusa ó al menos como atenuante, respecto á la elección ó á la vigilancia?

191. Por último, si es verdad, y en otra parte de este trabajo se ha considerado como debía (1), que el comitente sea tal solamente cuando el negocio contratado con el agente encierre en sí todas las condiciones necesarias para su existencia, y, por lo tanto, mal se comprende por lo común la

(1) V. el n. 176.

representación en los casos en que el representante está impuesto, conviene, sin embargo, advertir que ni aun en dicho caso desaparece la representación. La dificultad es grave para quien parta del concepto de presunción de culpa *in eligendo* para declarar la ley, porque donde no sea posible la elección no debería surgir vestigio alguno de responsabilidad; y en cambio, los doctores que siguen tal teoría sostienen la imposibilidad de traducir en su neta aplicación el principio acogido, estando prohibida por la severidad de la ley toda prueba contraria (1). Cuya perplejidad no parece justificada; si realmente la razón de la ley consiste en la presunción de culpa ocurrida en la elección, ¿por qué no admitir la prueba ofrecida para demostrar que por el comitente han sido empleados al objeto todos los cuidados de un diligentísimo padre de familia? Y adviértase que un argumento en favor de tal pretensión se podría deducir de la locución misma de la ley, que prohíbe á los comitentes y patronos la prueba concedida á los padres, tutores y algunos más para los cuales está puesta la presunción de culpa *in eligendo*; esto es, se podría pensar que la disposición se informó toda ella en esta figura, y, por lo tanto, que si á los patronos y comitentes no se les concede la prueba de la diligentísima vigilancia empleada, la prohibición no debe extenderse á la prueba contraria respecto á la diligencia *in eligendo*. Esto es, la limitación serviría para demostrar que ésta, y no la culpa en la elección, es la razón de la responsabilidad de los comitentes; y por el silencio observado respecto á la prueba contraria, la defensa del comitente debería llevarse á cabo con arreglo al derecho común.

El argumento falta de base, porque el no haber admitido la ley para el comitente (y para el patrono) el beneficio de la prueba contraria, si bien demuestra el motivo diverso por el cual su responsabilidad no puede confundirse con la de los patronos, tutores, preceptores y artesanos, no deja de

(1) V. la n. 2 á la pág. 424.

fijar por esto la máxima extensión, declarando que no les sirve el defenderse diciendo que ninguna culpa cometieron. Bien se percató de esto la teoría opuesta; pero entonces, ¿por qué reconociendo que en la ley no existe lo que sería consecuencia irrefutable, necesaria de la culpa presumida en la elección, persiste todavía en referir á este motivo la razón de la disposición?

De donde cada vez resalta más la necesidad de abandonar la doctrina de la presunción de culpa *in eligendo* ó *in vigilando*, y decir que la obligación de responder que se impone al comitente deriva de la «representación». Así se comprende por qué no es admitida la prueba liberatoria de la diligencia exactísima puesta en la elección ó en la vigilancia; el tercero perjudicado en la persona autora de la injuria, ve sólo el agente en nombre é interés ajeno, ve en el fondo el representante, y, por lo tanto, la persona representada; y se declara, sin embargo, que si bien la «representación» se deba distinguir en su origen en legal y convencional, también sea cierto en el primer caso la responsabilidad, siempre que su existencia no dependa del fin protector que en favor de ciertas personas ordena el oficio integrador de la sociedad. Ahora bien: cuando se adopte el criterio de la elección, esta última decisión se humilla ante dificultades insuperables, mientras la teoría propuesta da el valor exacto; por la representación, la persona ofendida por injuria cometida por el representante, es jurídicamente ofendida por el representado: salvo para éste la acción de reversión. Y el concepto de la representación no puede contener en sí la posibilidad de que el responsable se defienda demostrando la diligencia en la elección; la naturaleza del instituto, su virtud operativa respecto á terceros y la buena fe de estos últimos no lo soportan.

192. Como carácter de más fuerza para demostrar el criterio propuesto, ha sido traída la otra condición necesaria para determinar la responsabilidad: «que el hecho ilícito exista en tal calidad á cargo del representante», y la

última, «que el hecho ilícito haya sido cometido en el ejercicio del encargo confiado al agente (ó al sirviente)» (1).

Esta última condición está impuesta por la ley (2) expresamente, y, según el concepto de la representación, se encierra la regla, aun cuando exista la figura del mandato, que es representación verdadera y propia; para el mandato claramente se decide no existir la representación cuando exceda los límites del encargo recibido. De ahí la necesidad de que el hecho ilícito se haya cometido en el ejercicio de las funciones ó encargos recibidos é inherentemente á éstas (3).

Cuya proposición es tan clara que hace inútil toda otra explicación; el Juez, ateniéndose á la ley que lo requiere, deberá examinar si las circunstancias de hecho demuestran la existencia de este elemento, que es la relación directa de causalidad entre la ejecución del encargo y la injuria. Y no es pequeño en número ni de poca importancia el material de estudio que las decisiones de la jurisprudencia dan sobre la materia, especialmente en relación con la responsabilidad de los patronos por los accidentes del trabajo (4), tal como era definida anteriormente á los ordenamientos especiales encaminados á gobernarla, y cómo debe serlo todavía en los casos que no se sujetan á estos procedimientos.

Se ha dicho que el hecho ilícito debe tener lugar en la ejecución de la comisión é inherentemente á ésta. La locu-

(1) V. el § *Generalidades* del pres. cap.

(2) Cód. civ., art. 1.153 cit.

(3) Merlin, *Rép.*, v° *Délit*, 9; Duranton, ob. cit., XIII, 724; Sourdat, ob. cit., I, 901; Larombière, ob. cit., I, cit., n. 9; Aubry y Rau, ob. cit., § cit.; Laurent, ob. cit., XX, 580; Colmet de Santerre, ob. cit., V, 365 bis, VII; Massé y Vergé, s. *Zachariae*, ob. cit., § 628; Arntz, ob. cit., III, 481; Demolombe, ob. cit., VIII, n. 616; Huc, ob. cit., VIII, 49; Stabel, ob. cit., § 150; Dreyer, ob. cit., § 392; Giorgi, ob. cit., V, n. 330.

(4) Ap. Douai, 27 Junio 1884 (*J. du P.*, 1884, I, 89).

ción inherentemente sirvió ya para definir el modo en que pareció mejor gravada la necesidad de la relación que ligue íntimamente el hecho con la comisión, y que tiene en el fondo igual valor que la otra «en ocasión de la comisión», que ya ha habido ocasión de emplear (1), solamente que manifiesta el significado de manera más enérgica. Donde falte tal conjunción de causalidad hará falta distinguir:

a) Ó el comitente conocía los actos, aunque no comprendidos en la comisión expresamente dada, y en íntima referencia con los cuales se cometió el hecho ilícito, y los aprobó en modo expreso ó tácito, y entonces existirá siempre la figura de la comisión y su responsabilidad no desaparece.

b) Ó permaneciendo siempre el hecho ilícito extraño á los encargos confiados al agente, éste cometió el hecho ilícito como consecuencia de otro hecho del cual el comitente es culpable, y el comitente responderá, pero por culpa directa y únicamente á él imputable extraña á las relaciones de comisión (2).

En la primera de estas dos hipótesis deberá ser demostrado el consentimiento del comitente y la existencia de la comisión; en la segunda, la culpa que le sea imputable.

193. Consecuencia necesaria del elemento ahora mencionado es que el hecho ilícito cometido en relación á actos que exceden el límite del encargo recibido no compromete la responsabilidad del comitente ó del patrono. Como se ha advertido varias veces, la representación existe, en cuanto que los actos del representante entren en la es-

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. VIII, § 1; Aubry y Rau, ob. cit., I, cit.; Giorgi, ob. cit., I, cit. Confr. además Demolombe, ob. cit., VIII, 615.

(2) La cuestión se presenta también con la disposición contenida en los arts. 1.151-52 citados. Así, es culpa personal del patrono el no haber suministrado las enseñanzas ó reglas que debía ó los medios idóneos para el servicio encomendado. V. Aubry y Rau, ob. cit., § cit.; Larombière, ob. cit., sobre el art. 1.384, n. 8; Cas. fr., 26 Mayo 1875 (*J. du P.*, 1876, 18).

fera del oficio dado por el representado, el cual fuera de ésta no ha consentido la representación; los que se excedan, deben por lo mismo considerarse como personales del representante que obró en nombre é interés propio. El límite de la representación determina exactamente el límite de la responsabilidad.

Y la proposición está en tal relación de dependencia con el concepto puesto como razón de la teoría, que no parece posible haya duda que la oscurezca. Sin embargo, existe entre los doctores que han construido sobre el concepto de la presunción de culpa *in eligendo* é *in vigilando*, quien afirma la imposibilidad de distinguir el abuso del exceso en la ejecución del encargo que constituye el objeto de la comisión, antes bien considera como errata la distinción misma, debiéndose comprender en el abuso también la figura del exceso (1).

Así la incertidumbre de los principios acogidos induce á exponer y discutir cuestiones que lejos de disminuirlas, añaden dificultades: si materia de no ligeras dudas es la determinación del exceso del derecho, cierto es que el contraponerle además el abuso para ver si lo comprende ó lo excluye, no da claridad á la discusión y á los resultados.

La ley en cambio ha determinado claramente, y la teoría propuesta aquí demuestra la justicia y el término de la responsabilidad de que hablamos: donde hay exceso no hay comisión ni responsabilidad. Al Juez corresponde decidir sobre las circunstancias que se refieren á este elemento, porque la dificultad de la indagación no debe ni puede permitir la confusión de dos conceptos que la excluyen (2), y exceso existe cada vez que el representante ejecute actos no comprendidos expresa ó necesariamente en los límites de las funciones comisionadas.

(1) Giorgi, *ob. cit.*, 333.

(2) Cas. Florencia, 29 Diciembre 1873 (*Legge*, XIV, I, 604). Véase los autores citados en la nota 3 de la pág. 428.

Este es el principio: desarrollarlo en la aplicación de los hechos es oficio del Magistrado.

194. Esto no quita, sin embargo, la necesidad de que aquí se aluda á una cuestión bien grave, cual es la responsabilidad del amo como consecuencia del incendio ocurrido por culpa imputable al sirviente. Ya se comprende que no debe ser aquí considerado en las relaciones del alquilador, que es materia de culpa contractual (1), sino en las relaciones con terceros; y que lo serían los otros inquilinos demandantes del resarcimiento de los daños sufridos ó los propietarios de las casas contiguas perjudicados por el incendio.

La responsabilidad del inquilino respecto al alquilador, reglamentada como está por el ordenamiento legislativo que pone á cargo del conductor los daños que provienen de culpa de la familia que habitan con él en la casa alquilada (2), no desaparece aunque el dueño pretenda probar ó haya efectivamente probado que el incendio ocurrió mientras el sirviente se ocupaba en cosas completamente ajenas á sus funciones (3), como se ha demostrado en su lugar (4). La ley no enuncia sobre este punto limitación alguna, porque la calidad de sirviente implica en cada uno de sus actos la calidad de agente, siempre que se cumplan en la casa donde sirve. Pero respecto á los otros inquilinos ó á los propietarios de las casas perjudicadas por el incendio, no puede ser cuestión de culpa contractual, ni puede tampoco invocarse la disposición relativa á la locación concerniente solamente á las relaciones entre alquilador y conductor, sino de culpa no contractual, y entonces la misma disposición que puede invocarse para afirmar la responsabilidad del dueño, establece, sin embargo, como límite, que

(1) V. Chironi, *Colpa contratt.*, cit., cap. VIII, § 3.

(2) Cód. civ., 1.588 cit.

(3) Confr. Bugnet s. Pothier, *Œuvres*, VI, pág. 71.

(4) V. también Cas. fr., 15 Junio 1861 (*J. du P.*, 1862, 625); 3 Marzo 1884 (*J. du P.*, 1885, I, 32).

el daño sea causado por el sirviente en la ejecución del encargo recibido. Este límite, que mal podría el conductor invocar contra el alquilador, se puede en cambio oponer á terceros (1).

La diversidad de la culpa, ó, mejor, la existencia de relaciones contractuales que fijan desde el principio á cargo del conductor obligaciones determinadas, es la razón que induce la diferencia ahora descrita.

§ 2 A)

(Continuación). **Comisión especialmente dada con el fin de cometer el hecho ilícito.**

SUMARIO: 195. Responsabilidad directa del comitente.

195. Al exponer las reglas que gobiernan la responsabilidad del comitente, se ha tenido en cuenta el caso del agente que (inconsciente), y aun en contra de su expresa prohibición, ocasionase daño á otro en la ejecución del encargo recibido (2). El resultado obtenido es mayormente verdad cuando el comitente dé expresamente encargo para cometer el hecho ilícito, y, como en la hipótesis del delito, bien puede esto también suceder en la otra hipótesis de cuasidélito, aunque de un modo bastante más limitado.

En efecto: dar comisión para cometer una injuria contra otros, indica consciencia y voluntad de obtener el efecto consecuencia del hecho ilícito, y, sin embargo, se encon-

(1) V. el n. 192. La razón de decidir se reduce en síntesis á la eficacia restrictiva del ordenamiento legal, no pudiéndose interpretarlo de un modo que obligue á aquellos para quienes taxativamente no se impuso. El sirviente es considerado en esta cualidad suya como agente para todos sus actos, ó sea que la cualidad del acto se fija sin otro elemento que la cualidad de quien lo cumple, pero sobreviene en razón á la consideración por la cual es así ordenado.

(2) L. 37 pr., D. *ad L. Aq.* (IX, 2), y 169, D. *de R. I.* (L. 17), «*is damnum dat qui jubet dare*».

trará más á menudo la figura del delito que la del cuasidélito; pero como puede tenerse la hipótesis de mandato con el fin de ejecutar un acto creído por el mandante inherente al derecho que tiene, ó que cree tener, mientras en realidad no lo es, así puede muy bien existir la responsabilidad por medio de encargo dado expresamente para cometer cuasidélito.

§ 3

Institutos comunes á la representación verdadera y propia y á aquélla en general.

SUMARIO: 195 bis. Partición de la materia.

195 bis. En la dicción general que hemos observado están comprendidas las cuestiones concernientes:

a) á la eficacia de la ratificación (*ratihabito*); y

b) á la reponsabilidad por los hechos ilícitos cometidos por las personas que el representante se haya sustituido para la ejecución de los encargos recibidos; argumentos comunes á ambas formas de representación enunciadas, porque la ratificación puede suceder también por reconocimiento de un hecho que, por ejemplo, el sirviente haya cometido, excediendo los límites del servicio; y frecuentemente sucede que el alquilador de trabajo encargue á otros la ejecución de la comisión recibida, de ahí la necesidad de tener en cuenta la posición jurídica del sustituto respecto al conductor que no entró con él en relación directa de comisión.

Las resoluciones que se dictarán sobre este punto servirán para afirmar todavía más la teoría desarrollada sobre el concepto de la representación; y sobre los puntos descritos se hablará ahora separadamente.