

De este modo la libertad de determinar la propia actividad económica se concilia con el derecho, y las varias libertades concurrentes encuentran el justo punto de equilibrio (obrar respectivamente con *derecho*, frente al *exceso* que es la injuria).

CAPÍTULO X

SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA REGLA EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR HECHOS DEL REPRESENTANTE

Generalidades.

SUMARIO: 272. El criterio directivo se deduce de la teoría expuesta sobre tal forma de responsabilidad.

272. La regla propuesta acerca de la responsabilidad por los hechos ilícitos del representante (1) y la manera que tuvimos de entender las palabras «*comisionado, comitente*» adoptadas por la ley, indican ya cual sea la extensión del principio acogida en este punto. El cuál se puede determinar con la fórmula siguiente: «es necesario el acto (positivo ó negativo) ejecutado en nombre é interés ajeno (comitente) por encargo recibido (2) del interesado ó por razón de ley (3), á fin de que por el concepto de la *representación* (comisión) se desenvuelva la relación de la responsabilidad por la injuria causada por el representante». En su defecto, falta la figura de la representación, y no puede entonces existir responsabilidad, que únicamente tiene su fundamento jurídico en ella.

La exactitud de esto resultará de modo particular de las aplicaciones que siguen.

(1) V. el cap. VI, § *Generalidades*.

(2) Sobre el consentimiento posteriormente dado, véase el capítulo VI, § 3.

(3) V. el cap. VI, n. 163.

§ 1.

De la inexistencia de delito ó cuasidelito respecto al representante (comisionado) por su incapacidad personal (defecto de edad ó mental).

SUMARIO: 273. Más sobre la necesidad de que el acto ilícito sea acto de representante, ya verdadero y *propio*, ó bien en general. ¿*Quid* si el representante no puede ser considerado por defecto de edad ó mental capaz de delito ó cuasidelito? ¿Responderá el representado?—274. Objeciones en orden á la distinción entre responsabilidad por hecho *propio* y por hecho *ajeno*, según se propone en este trabajo.—275-277. Cómo se resuelven.

273. Antes de entrar en las aplicaciones anunciadas, es necesario, incluso para demostración mejor de la teoría propuesta, el examen de una cuestión que tiene mucha gravedad respecto á la posición de los principios. Se ha dicho que la responsabilidad por hecho ilícito cometido por el propio representante está, si la injuria forma delito ó cuasidelito, á cargo del agente (comisionado) (1); de donde parece que si falta este dato fundamental, debe necesariamente faltar la responsabilidad del representante, pues la representación no encontraría la *materia* de la responsabilidad que entonces alcanzaría al comitente (representado). Deberá decirse ahora, como consecuencia de esto, que si el hecho no puede constituir *cuasidelito* á cargo del representante por no haberse dado en él, en razón de condiciones psico jurídicas generales ó de condiciones especiales del momento, la inteligencia necesaria para poder ser diligente y prever las consecuencias de la negligencia cometida, el representado que dió al agente el encargo en cuya comisión tuvo lugar el hecho ilícito, ¿no será responsable? La decisión negativa parece que se armoniza con el principio seguido, porque no habría aquí responsabilidad del representante; pero ¿podría regir? O ¿no se deberá buscar si existe en el caso alguna

(1) V. el cap. VI, § *Generalidades*.

negligencia del representado, en virtud de la cual la resolución descrita cesaría de aparecer correcta jurídicamente?

Se han intentado diversas soluciones; y si alguna de ellas puede resolver convenientemente la duda, sin chocar con la teoría propuesta sobre responsabilidad por hecho del representante, ésta tendrá con ello nuevo y autorizado apoyo. Obsérvese bien que hemos dicho *cuasidelito*, ó sea injuria culposa; claro es que si el agente hubiese obrado con *dolo*, quedaría con esto demostrada su *capacidad* de cometer hechos ilícitos maliciosamente (*malitia supplet aetatem*).

274. Ahora bien: en el caso descrito, ¿se podrá, admitida la responsabilidad del representado, declararla y justificarla con el criterio de la negligencia cometida en la «*vigilancia*»? Se podría, en efecto, construir la teoría pensando que si un menor ú otro que no esté en la plenitud de sus facultades psíquicas, pasa de la vigilancia de sus padres ó de las personas á quienes esté confiado, bajo el cuidado ó la custodia de otro, éste está obligado á responder de los hechos ilícitos que aquél cometa. Pero la teoría no sería correcta en realidad. Ante todo, la ley designa ya, de manera que no se puede prestar á ninguna interpretación que amplíe su contenido, cuáles son las personas á quienes alcanza la responsabilidad por culpa presunta *in vigilando*; además, en el caso de persona á quien se haya conferido un encargo determinado, respecto á ella y á quien se lo dió no surgirá ciertamente la relación de la sujeción que inducen por una parte la obligación de estar sujeto á la vigilancia, y por otra la *obligación* de vigilar (con los poderes que á la actuación de tal deber jurídico se puedan unir).

Que tal observación es exacta, se demuestra por otra consideración. En los casos en que se observa la figura de la responsabilidad por defecto de vigilancia, el responsable se libra de ella cuando prueba que no pudo impedir el hecho ilícito (1), ó sea que ninguna «culpa» existe efectiva-

(1) Cód. civ., art. 1.153 cit. V. el cap. siguiente y el cap. XVIII.

mente á su cargo. Ahora bien: ¿se podrá conceder á quien haya dado el encargo á persona que por edad ó vicio de mente era incapaz de diligencia, el derecho de librarse por tal medio? No, en verdad. No se discute que el hecho de conferir encargo á persona incapaz de diligencia parece que induce en sí y por sí la obligación de vigilarla; pero esto no resuelve la cuestión, y antes bien suscita la duda de si el obligado no podrá librarse demostrando no serle imputable ninguna *culpa in vigilando*; de modo que la objeción cae sólo con pensar que con el hecho de dar el encargo se adquiere ya la cualidad de *comitente*, que determina una solución especial independiente de cualquier obligación de vigilancia.

De donde existe una mayor y plena responsabilidad, como acontece por efecto de la *comisión*.

275. La teoría de la elección explicaría mejor, al menos en la apariencia, la dificultad. El hecho de escoger para la ejecución de una determinada incumbencia á quien no es capaz de diligencia, obliga á las consecuencias de la elección misma. Pero tampoco la solución es enteramente llana, porque resurgen todas las objeciones puestas á esta teoría considerada en sus términos generales; si la culpa está en la «elección», ¿por qué no conceder al interesado la prueba de haber puesto al proceder á ella la mayor diligencia posible? Supóngase un menor que se declara mayor de edad, ó bien á quien todos consideran tal; en el primero de los dos casos, la ley civil lo declara en dolo y no da en el otro validez al hecho constituido con él, cuando no se observaron las formas que para los actos de los menores están fijadas; pero ¿no valdrá esto como argumento válido de disculpa á quien, persuadido de las circunstancias descritas, haya dado al menor, á quien considera mayor, un encargo para ejecutarlo en su nombre é interés? Como se advierte desde luego, las objeciones ya promovidas para contradecir la teoría que refiere á la prosecución de culpa *in eligendo* toda la razón de la ley, aparecen lo mismo en el caso especial figurado, y

esto basta para que se pueda deducir la corrección de la teoría propuesta para declarar y justificar la responsabilidad atribuída al representado, la cual responde llanamente á los principios elegidos.

276. Verdad es que con la apariencia de buen fundamento se podría pensar en excluir directamente el caso especial figurado en los términos de la regla acerca de la responsabilidad por hecho del representante. En efecto: el que para ejecutar un encargo escoge persona incapaz á causa de edad ó por defecto mental, comete culpa; aquí la responsabilidad se debe, pues, á un hecho directo, y el agente no puede ser considerado como representante, sino como instrumento material, inconsciente de la negligencia ajena. El autor de la injuria, y por ello responsable del daño, es la persona á quien negligentemente se confió el encargo (1).

Pero tampoco esta teoría es del todo satisfactoria. Porque de un lado, es cosa fácil de observar cómo no se puede suprimir totalmente la figura jurídica de la comisión, por ser el hecho ilícito obra efectiva de la persona incapaz en la ejecución del cargo que se la comisionó; y ¿de qué manera se suprime aquí el concepto de la representación? Añádase que la ley, al declarar la nulidad de las obligaciones contraídas con un menor, da á éste la acción de nulidad (en relación con la tutela, que es razón de la incapacidad declarada), y no á la persona capaz que haya contratado con él; por esto, no obstante la irresponsabilidad del menor, permanece en quien le ha dado el encargo la cualidad de comitente, y por ende su responsabilidad de representado.

277. La primera y la última de las decisiones referidas contradecirían, pues, el concepto escogido acerca de la responsabilidad por hecho del representante, por excluir esta figura en los casos especiales propuestos; pero las objecio-

(1) Por consiguiente, la responsabilidad no se fundaría en el artículo 1.153 del Cód. civ., sino en los artículos 1.151, 1.152 cit.

nes hechas no consienten que las aceptemos en parte alguna.

Por lo cual parece construcción más correcta la de reducir la responsabilidad al hecho ilícito del representante, aunque en tal concepto haya sido constituída por el declarante una persona incapaz de diligencia por edad ó por vicio de mente; y no importa haber afirmado no responsable al representado cuando el hecho ilícito sea delito ó cuasidelito en relación personal con el representante, porque la posición de representado tiene aquí algo de especial. Se comprende la no responsabilidad del representante, cuyo hecho tiene jurídicamente para él el mismo carácter de hecho fortuito; pero este *caso*, si libra al autor inmediato directo del hecho de la responsabilidad, no libra al representado, cuya conducta precedió y determinó el *caso*. Ahora; cuando la *culpa* preexista al caso, mal puede éste ser invocado como medio liberatorio de la responsabilidad, y así la solución aparecería en conformidad á los principios sobre la responsabilidad derivada de la relación de representación (1).

Obsérvese, por otra parte, la entidad de esta *culpa*: el representado no se puede amparar de un *hecho suyo*; se podría objetar contra la resolución especial propuesta, y, por reflejo, contra la teoría misma de la responsabilidad por representación, que al hablar aquí de *hecho* atribuído al representante y á él solamente imputable, se entiende necesariamente una culpa presunta, de modo que no pueda contradecirse, con lo que se iría de manera indirecta á la teoría de la *elección*. Pero la doctrina sostenida no necesita de esto, como no tiene tampoco necesidad de que se la ponga sobre el concepto de la injuria *objetiva* ó del *riesgo* que deriva del propio hecho; basta deducir justamente del concepto de re-

(1) Cons. y conf. DURANTON, ob. cit., XIII, 217 y sigts.; TOULIER, ob. cit., XI, 270; LAROMBIÈRE, ob. cit., s. el art. 1.383, n. 44; SOURDAT, ob. cit., 41, 824; AUBRY y RAU, ob. y § cit.

presentación; ésta existe según como el representado quiere, y la condición del representante elegido concierne á la relación interna de la comisión; respecto á terceros, es inútil y no jurídico discurrir de elección diligentemente hecha, porque mal se les puede oponer á un hecho en que no participaron; los terceros tienen el derecho de considerar (como lo exigen la buena fe y la moral pública) que al encomendar á otro para obrar, el remitente haya proveído bien, y por el hecho mismo del nombramiento inoportuno está ya obligado. De aquí su responsabilidad.

§ 2

Aplicaciones de la regla á algunos casos especiales.

SUMARIO: 278-279. Si el arrendador debe responder de los hechos ilícitos cometidos por el arrendatario. — 280. Sociedad. — 281 282. Arrendamiento en sociedad. — 283. Si el depositante debe responder del hecho ilícito del depositario. — 284. Si el marido debe responder de los hechos ilícitos cometidos por la mujer. — 285. Si el director de una escuela responde de los hechos ilícitos cometidos por un profesor de ella. — 286. Si una «sociedad» debe responder de los hechos ilícitos cometidos por un individuo que haya sido admitido en el local suyo. — 287. Conclusión.

278.—El arrendador de obra asume en las relaciones con el arrendatario la cualidad de representante (comisionado), y como tal le obliga á responder por los hechos ilícitos que en tal condición puede cometer (1). Inútil es hablar ya de esto después de lo dicho; pero ¿existirá la misma relación

(1) V. el cap. VI, § *Generalidades* y § 2.

Aplicación muy interesante del concepto expresado en el texto con los términos más genéricos, *seria* la cuestión de la responsabilidad del director de un periódico por los escritos difamatorios ó en cualquier modo injuriosos que en el periódico se hubieran acogido é impreso. Obsérvese que hemos dicho *seria*, porque há lugar á dudar si tal responsabilidad puede derivar siempre de la relación de comisión, y, por ende, del principio de representación, ó bien de culpa propia; y se ha dicho únicamente en el *periódico*, y no en su *periódico*.

en materia de arrendamiento de cosas entre el arrendador

dico, porque, como se dirá, no parece que la responsabilidad del director tenga consistencia jurídica sólo cuando á la cualidad que tiene una la de propietario del periódico. Ahora bien: aparte la duda de si la acción civil se puede dar por hecho ilícito de difamación ejecutado por medio del periódico, si no ha procedido la declaración penal de delito, sobre lo cual la respuesta afirmativa se justifica por el fin que la acción civil tiene por sí, y que en el caso especial se puede desenvolver con la mayor independencia (así Ap. Nápoles, 9 Febrero 1903, en *Giur ital.*, 1903, II, p. 317, y Trib. civ. Turín, 9 Febrero 1903, *id.*, p. 324), cierta resolución parece, en correcta dependencia de los principios acogidos y defendidos como los más seguros en materia de responsabilidad, sentar que el director del periódico, no sólo está obligado á responder en el caso en que deba considerársele como comitente del gerente (Ap. Grenoble, 16 Febrero 1893, en *J. du P.*, 1896, 2, 101), no sólo cuando sea propietario del periódico (Cas. fr., 3 Agosto 1893, *id.*, 1895, I, 521; Ap. Paris, 25 Marzo 1896, 2, 294), restricciones que no responden á la condición jurídica de director de la publicación, sino que debe responder de lo que escriben sus redactores en cuanto se deben considerar sus comisionados suyos, y entonces se permanece en los términos del principio anunciado en el texto; y por *culpa propria*, cuando se considere que su cargo le obliga á examinar y valorar los hechos respecto de terceros que fueron nombrados en los artículos y noticias que recibe, acoge y presenta al público en el periódico (Cons. Ap. Nápoles y Trib. Turín, cit.). Una cosa es ver si, por el contenido de los noticias y de modo particular por el derecho de *critica* respecto de funcionarios públicos ó de quien tenga cargos públicos, la acción no ejecutada *jure* (Conf. Trib. Turín, cit.), y otra determinar cómo y cuándo el director debe considerarse en culpa al publicar hechos notorios entregados al público, y otra además ver si la *reserva* puesta á la noticia sea razón eximente de responsabilidad; de todo esto se hablará en su lugar.

Y tampoco debe dudarse de la responsabilidad del propietario, cuando se deben considerar como *comisionados verdaderos* suyos el director y los demás redactores; lo que no siempre sucede, porque no siempre el propietario conserva ingerencia en dirigir y vigilar ó influir de algún modo en la *confección* del periódico, no bastando para esto que se ocupe de la administración. De esto y de otros casos en que la libertad dejada al comisionado es condición necesaria del ejercicio de su oficio, é influye sobre la menor responsabilidad del comitente, se hablará á continuación (Cons. y conf. Ap. Nápoles, cit.).

y el arrendatario, de modo que este último puede considerarse que representa á la persona de que su derecho toma causa? Y en su consecuencia, ¿deberá el arrendador responder de los hechos ilícitos cometidos por el arrendatario?

Una razón de duda, aunque no grave, se podría sacar de lo que sucede con la posesión: que del arrendamiento no se derive para el arrendatario un derecho real, sino un puro derecho de obligación (1), parecería, no obstante las muchas dudas promovidas, doctrina conforme á la ley; y seguramente es esta la teoría que se acomoda á la tradicional enseñanza del derecho privado. Del cual, por otra parte, se podría deducir un concepto armónicamente encaminado á unir á esta teoría la figura que resulta para el arrendatario del nuevo sistema por el cual la venta no siempre rompe el arrendamiento (2), siempre y cuando no se quisiera justificarlo con la sucesión unilateral del adquirente en las relaciones constituidas por acuerdo tácito (3); y es que el arren-

(1) V. TOULLIER, ob. cit., 6, 435; DURANTON, ob. cit., XVII, 139; D. ob. cit., XVII, 139; DUVERGIER, *Louage* (Paris, 1839), 1, 279; MARCADÉ, ob. cit., sobre el art. 526; DEMOLOMBE, ob. cit., IX, 492; FLANDIN, *Transcription* (Paris, 1861), 1, 196; AUBRY Y RAU, ob. cit., § 365; LAURENT, ob. cit., XXV, 9; BAUDRY-LACANTINERIE Y WAHL, Paris, 1900, I, n. 964; ABELLO, *Contratto di locazione*, Nápoles, 1902, I, n. 52; SIMONCELLI, *Della locazione*, Lanciano, 1892, p. 2 y siguientes; GUILLOUARD, *Contr. du Louage* (Paris, 1891), I, cap. I; STABEL, ob. cit., § 201; DREYER, ob. cit., § 365; ARNTZ, ob. cit., IV, 1.118; Cas. fr., 21 Febrero 1865 (*J. du P.*, 1865, 255); Ap. Lyon, 1.º Julio 1881 (*J. du P.*, 1883, I, 1.097). V. y conf. TROPLONG, *Louage*, Paris, 3.ª ed., 1859, II, 491 y sigts.; BELIME, *Possession* (Paris, 1842), 309.— Se ha pensado que esta realidad esté en el concepto que del derecho del arrendatario tiene el Cód. civ. alemán; v. COSAK, *Lehrb. d. d. bürgerl. Pr.*, Jena, 1899, § 171; pero aparte algunas formas especiales deducidas del antiguo derecho prusiano, no lo parece; v. Cód. civ. alemán, § 571, y v. PLANCK, ob. cit., sobre este §.

(2) Cód. civ., art. 1.597.

(3) La historia de la ley italiana, que es sobre este punto la historia de la francesa, parece que demuestra ser esta la razón económico-jurídica de la nueva resolución. V. los aut. cit. en la n. anterior, y v. también PLANIOL, ob. cit., II, números 1.762 y sigts.

datario es adquirente de la *utilidad* deducida en el contrato, y sobre esta *utilidad* tiene un señorío directo, que se manifiesta frente á terceros cuantas veces tenga su «investidura» mediante la simple forma del «registro», ó resultante tan sólo del hecho la «posesión». El derecho es, pues, de obligación respecto á la cosa (1). Ahora bien: por este carácter asignado al derecho del arrendatario y á pesar de la relación en que está con el arrendador, se podría argumentar la existencia de la representación como relación determinada del mismo modo jurídico de conceder la *cosa*. Porque el arrendador posee por medio del arrendatario, cuyo hecho constituiría para él el elemento *corpus* de su posesión, teniendo el detentador el ánimo de tener la cosa á nombre de quien le concede su goce; tanto es así que las perturbaciones de su derecho causadas al arrendatario dan al arrendador el poder de obrar en juicio contra quien las haya ocasionado (2); y el arrendatario, contra el cual se haya entablado juicio para que deje la posesión de la cosa, se libra declarando la persona de quien adquirió la posesión (en general) y en cuyo nombre la ejercita (*laudando auctorem*) (3): no existe duda, pues, de que la posesión puede perderse por actos ejercidos contra él (pérdida ocurrida por medio del representante) (4): ¿precisa entonces concluir que el arrendatario sea representante del arrendador?

Que tal representación existe respecto á la posesión, no

(1) De este modo, argumentando de la *utilidad* que de la cosa se tiene, si bien no sea jurídicamente constituida *sobre la cosa*, se separa la razón de obligación que existe en el título del arrendatario, de la adquisición que el mismo hace de la futura *utilidad* y que en su título se contiene.

(2) Cód. civ., art. 1.581; Cód. fr., arts. 1.725, 1.726; Cód. suizo de las obligaciones, art. 280; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.527; Cód. civ. de Chile, art. 1.929.

(3) L. 2, Cód. *ubi in re actio*, etc. (III, 19); Cód. civ., art. 1.582.

(4) L. 1, § 22, D. *de vi et vi armata* (XLIII, 16); Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 2.455; Cons. POTHIER, *De la Possession* (*Ceuvres*, ed. cit.), n. 73 y sigts.

es concepto que pueda ponerse en duda; pero argumentar de esto que las relaciones entre el arrendatario y el arrendador sean en todo caso las de representante y representado, sería grave error. Si en materia de posesión entra la figura de la representación, es á consecuencia de poder aplicarse á los varios momentos en que este hecho jurídico se manifiesta, el concepto general que consiente obrar jurídicamente por medio ajeno, exceptuados los casos en los cuales es necesaria la acción personal del sujeto; se puede adquirir y conservar la posesión, no solamente por hecho propio, sino también por hecho ajeno, y así también se la puede perder; y esta otra persona por cuyo medio se puede poseer, como posee para otro, es considerada representante de aquel en cuyo nombre é interés tiene la posesión (1). Esto es precisamente lo que se advierte por efecto del arrendamiento, con el cual se constituye la *representación respecto á la posesión de la cosa arrendada*: á este solo fin se concreta la representación entre arrendador y arrendatario, y nada hace observar que la ley impone al arrendatario la obligación de responder al arrendador de los daños ocasionados á la cosa arrendada por quien la haya obtenido en subarriendo (2), en cuya responsabilidad por hecho de las personas que se han sustituido al arrendatario en el goce de la cosa (3), se determina verdaderamente la figura de la representación, sin que tampoco sea mejor añadir que el arrendador tiene, según una doctrina que cuenta muchos sostenedores, el derecho de obrar directamente contra el subarrendatario (4).

(1) V. las notas anteriores.

(2) Cód. civ., art. 1.588 cit.

(3) V. el vol. I. de esta mon., cap. VIII, § 3.

(4) Cons. sobre este punto ABELLO, ob. cit., I, n. 94; Cas. fr., 13 Enero 1892 (*J. de Sir.*, 1892, 1, 89), y v. á continuación. Pero conf. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, ob. cit., I, 858; Cons. también SIMONCELLI, en *Arch. giurid.*, 1892, p. 269 y sigts. — Sobre la diferencia entre la acción de arrendamiento y el subarriendo, relevante en materia de responsabilidad, incluso para decidir si es contractual ó no, en el caso del subarriendo, la *culpa* del arrendador respecto al