

Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno

POR EL

Dr. Raúl J. Cornejo

Adscripto a la cátedra de Derecho Civil (Cuarto curso)

CAPÍTULO I.

INTRODUCCION

SUMARIO: 1. — Noción.

2. — Ubicación de la materia en el Código Civil Argentino.

3. — Enunciado del primer problema.

4. — Fuentes.

5. — Conclusión.

6. — Plan de exposición.

7. — Motivo de exclusión de los casos legislados en los Arts. 1118 y 1119, 1a. y 2a. parte.

1. — Existe un principio tradicional que nos enseña que las faltas son personales y que cada uno sólo responde de las consecuencias de su propio hecho y de su propia culpa. Sin embargo, hay casos en que la ley nos obliga a responder por el hecho de otra persona: el patrón por su dependiente, el padre por su hijo, el tutor por su pupilo, etc. Esta última responsabilidad referida al campo de las relaciones extracontractuales constituye la llamada responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno, o también responsabilidad indirecta: ella será el tema de nuestro ensayo.

2. — En el C. Civil Argentino la responsabilidad extracon-

tractual está legislada en el libro II, sección II, títulos 8º, y 9º, bajo el rubro “De los actos ilícitos” y “De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”. La materia que nos ocupa está colocada dentro de este último título, desde el Art. 1113 al 1123.

El Art. 1113 en su primera parte establece: “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo nuestra dependencia”, y en los artículos subsiguientes el código trata de la responsabilidad de los padres, tutores, curadores, directores de colegios y maestros artesanos, dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y establecimientos públicos de todo género, capitanes de buques y patronos de embarcaciones, agentes de transportes terrestres y padres de familia o inquilinos de casas.

3. — Tan larga enumeración no agota, sin embargo, los supuestos de responsabilidad por el hecho ageno que pueden presentarse y, así, se nos plantea el primer problema: la enumeración contenida en los Arts. 1114, 1117, 1118 y 1119, debe considerarse taxativa y limitativa, en cuyo caso el Art. 1113 no hace más que enunciar los casos que vienen a continuación, o, por el contrario, éste contiene una disposición amplia y general comprensiva de todos los supuestos de dependencia no contemplados en los artículos siguientes?

4. — Si consultamos las fuentes de que se ha valido el codificador, ellas no resuelven satisfactoriamente el problema.

El Art. 1384 del C. Civil Francés dice: “Se es responsable no solamente del daño que se causa por el hecho propio, sino también por el causado por las personas por quienes se debe responder...” y a continuación el artículo enumera cuáles son las personas por quienes se debe responder: el padre y la madre por sus hijos menores, los patronos y comitentes por sus domésticos y dependientes, y los maestros y artesanos por sus discípulos y aprendices. Es-

ta enumeración se considera limitativa y la responsabilidad por el hecho ageno sólo se aplica a las personas allí indicadas. (1).

El C. Civil de Luisiana (Art. 2296 y ss.) legisla a este respecto en forma análoga al C. Civil Francés.

A su vez Freitas consagra en el Art. 3660 del Esbozo: "Procede la acción de indemnizar el daño causado por ofensas: 1°.) Siempre que éstas resultaren de un acto propio, no habiendo causa de justificación; 2°.) Aunque resultasen del acto de otro si alguien tenía la obligación de impedirlo y no lo ha impedido, como en los casos del Art. 843", para agregar en el Art. 3665: "Están comprendidos en el Art. 3660 n° 2° tanto las personas designadas en el Art. 843, como así también..." y a continuación enumera: los amos y patrones, los dueños de hoteles, etc. Y el Art. 843 contiene en seis incisos otra enumeración de las "personas responsables" a que alude el inc. 4° del Art. 842. De manera, pues, que las personas que tienen la obligación de impedir el daño que puede resultar del hecho ageno están taxativamente enumeradas en la ley y no puede extenderse la responsabilidad a otras personas no comprendidas expresamente en las disposiciones citadas.

En cambio, el Art. 1901 del Proyecto de García Goyena, después de sentar la regla de que "la obligación expresada en el artículo precedente no se limita a la reparación de los perjuicios ocasionados por un hecho propio, sino que se extiende a los causados por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia" agrega "en su consecuencia" e indica: el padre y la madre, los tutores y curadores, los dueños y directores de un establecimiento o empresa y los maestros o directores de artes y oficios.

En la misma forma legisla el C. Civil Chileno en su Art. 2320: "Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado" y sigue: "Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa". "Así el

(1) LAURENT, "Principios de derecho civil", trad. cast. Habana 1917, 2a. edic., t. XX, N° 551. — MAZEAUD, "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile". París 1939, 3a. ed., t. I, Nros. 713 y 714.

tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado”, etc.

5. — Vemos, pues, que la manera de legislar en el Proyecto de Goyéna y en el C. Civil Chileno es diferente a la forma como lo hacen el C. Civil Francés, el C. Civil de Luisiana y el Esbozo. El C. Civil Argetino guarda analogía con la redacción observada en las dos primeras fuentes y el pensamiento que los informa respecto a la cuestión planteada es el mismo: los casos enumerados no agotan los supuestos de responsabilidad indirecta. Y esta interpretación es la más lógica ya que entre nosotros existe un principio general que establece la responsabilidad por el hecho ajeno sin alusión alguna al “hecho de las personas por las cuales se debe responder” como en el C. Civil Francés, o a las “personas responsables” como en el Esbozo, y sería inadmisibles, al decir de AGUIAR (2) que la ley después de haber establecido un principio general lo destruya con una disposición subsiguiente sin decirlo de modo expreso.

En consecuencia, los Arts. 1114, 1117, 1118 y 1119 legislan casos particulares, los cuales se rigen por una legislación propia y especial y el Art. 1113 es una disposición general dentro de la cual caben todos los casos de dependencia no contemplados expresamente en las disposiciones siguientes.

6. — En capítulos subsiguientes, y por separado, estudiaremos cada uno de los supuestos que ellos legislan, a saber:

- a) Art. 1113: responsabilidad de los patrones y comitentes por los hechos ilícitos de sus dependientes.
- b) Art. 1114: responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores.
- c) Art. 1117: responsabilidad de los directores de colegios y maestros artesanos por los hechos de sus discípulos y aprendices.
- d) Art. 1119: responsabilidad de los padres de familia e inqui-

(2) AGUIAR HENOCH D. “Hechos y actos jurídicos”. Actos ilícitos, Buenos Aires 1936, n. 83 d).

linos de casas por el daño causado por las cosas arrojadas o suspendidas.

Los tres primeros casos son los que más se prestan a interpretaciones equivocadas, vacilaciones y dudas; por tal motivo serán objeto de un detenido examen. Respecto al último sólo haremos breves consideraciones en la parte final de este ensayo.

Eliminamos la responsabilidad de los tutores y curadores porque se rige por los mismos principios aplicables a los padres.

Excluimos también, los casos contemplados en el Art. 1118 y la 1.ª y 2.ª parte del Art. 1119 porque en nuestra opinión ellos legislan sobre responsabilidad contractual y no extracontractual.

7. — El Art. 1118 trata de la responsabilidad de los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje y de establecimientos de todo género por el daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habiten en ellos, y el Art. 1119, 1.ª y 2.ª parte, de la responsabilidad de los capitanes de buques y patronos de embarcaciones y de los agentes de transportes terrestres, respecto del daño causado por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, cuando esos efectos se extravíen, o por el daño o extravío de los efectos recibidos para transportar, respectivamente.

Llama la atención que las fuentes consultadas por Vélez en este punto no hayan consagrado análogas responsabilidades dentro de la materia relativa a la responsabilidad extracontractual, salvo el Esbozo de Freitas de cuyo Art. 3665, incs. 2º, 3º y 4º, las ha extraído nuestro codificador, como así también el hecho de que los códigos civiles, en general, no consagren disposición alguna parecida a los Arts. 1118 y 1119 del C. Civil Argentino al tratar sobre la responsabilidad de los actos ilícitos. (3).

En el Anteproyecto de Biliboni (Arts. 37 y 38) y en el Pro-

(3) Véase: C. Civil Brasileño, Art. 1521; C. Civil Alemán, Arts. 831 y 832; C. Civil Suizo de las Obligaciones, Art. 55; C. Civil del Perú, Arts. 1142, 43, 44; Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, Arts. 79 y 80. — El C. Civil Mejicano se refiere en general a la responsabilidad de los dueños de hoteles y casas de hospedajes por los daños y perjuicios causados por sus sirvientes en el ejercicio de su cargo pero no en particular a la responsabilidad por daño o extravío de los efectos introducidos (Art. 1925).

yecto de Reforma al Código Civil Argentino (Art. 889 y ss.) los Arts. 1118 y 1119 han sido suprimidos.

¿A qué se debe esta distinta manera de legislar? La pregunta tiene una fácil respuesta: nuestros Arts. 1118 y 1119 en la parte que comentamos, tratan, en realidad, sobre responsabilidad contractual y no extracontractual como erróneamente lo pensara Vélez, induciéndolo a darles una ubicación que no correspondía (4).

Para que una responsabilidad pueda ser calificada de contractual es menester el concurso de dos condiciones: a) es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima y b) el daño debe ser el resultado de la inejecución de ese contrato. (5). Ambas condiciones se cumplen en los supuestos que comentamos.

Las obligaciones de los dueños de hoteles, casas públicas de hospedaje, o posaderos, en general, respecto a los efectos introducidos en las posadas están regidas por las disposiciones relativas al depósito necesario. El Art. 2227 considera depósito necesario el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros y el Art. 2230 establece: "El posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden de todo daño o pérdida que sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas, sea por culpa de sus dependientes o de las mismas personas que se alojan en la casa; pero no responden de los daños o hurtos de los familiares o visitantes de los viajeros".

La responsabilidad de los capitanes de buques está regida por el Art. 909 del C. de Comercio: el capitán "responde de los daños que sufra la carga, a no ser que provengan del vicio propio de la cosa, fuerza mayor o culpa del cargador, incluyéndose los hurtos o cualquier daño cometido a bordo por individuos de la tripulación" y su obligación deriva de su carácter de depositario de la carga, como lo establece el Art. 918 del mismo código.

Y, por fin, la obligación de los agentes de transportes terres-

(4) ORGAZ ALFREDO: "Responsabilidad por el hecho ageno", Córdoba 1931, n. 9. — GIORGI (Teoría de las obligaciones en el derecho moderno, trad de la 7a. ed. ital. por la Redacción de la Rev. Gen. de Leg. y Jurisp., Madrid, 1911, t. V, ns. 278 y 285) sostiene que hay una responsabilidad mixta.

(5) MAZEAUD, op. cit., t. I, n. 969.

tres se rige por el Art. 162 y ss. del C. de Comercio que tratan del transporte en general.

Vemos, entonces, como en un caso existe un contrato de depósito y en otro, un contrato de transporte.

¿Y de dónde nace la responsabilidad del posadero, del capitán o del agente de transportes cuando los efectos o la carga sufren algún daño? Simplemente de la inejecución del respectivo contrato, de donde resulta que es indiferente que el no cumplimiento sea consecuencia de su propia culpa o de la culpa de los dependientes: tanto en uno como en otro caso el origen de la obligación de resarcir el daño está en el contrato que liga al responsable con la víctima (6).

El carácter contractual de la obligación explica, también, la diferencia fundamental que existe entre el Art. 1113 y los Arts. 1118 y 1119 en cuanto a los extremos que debe acreditar la víctima para obtener reparación del daño: en el primer caso el perjudicado está obligado a probar la culpa del dependiente; en cambio, en el segundo le basta con demostrar el daño o extravío de los efectos entregados en depósito o para su transporte. Tal es el alcance de las últimas palabras del Art. 1118 que consagra la responsabilidad de los dueños de hoteles... "aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño".

(6). SAVATIER RENE: "Traité de la responsabilité civile en droit français", Paris 1939; t. I, n. 159.

C A P I T U L O II

**RESPONSABILIDAD DEL PATRON POR LOS HECHOS
ILICITOS DE SUS DEPENDIENTES**

Presunción de culpa

SUMARIO: 8. — El problema.

9. — Fuentes.

10. — Código Civil Francés.

11. — Código Civil de Luisiana.

12. — Proyecto de Goyena.

13. — Disparidad de soluciones.

14. — Argumentos y opiniones a favor de la presunción "juris tantum".

15. — Id. de la "juris et de jure".

16. — Conclusión.

17. — Proyecto de Reformas al Código Civil.

18. — Jurisprudencia.

8. — Un principio admitido en materia de responsabilidad extracontractual es que la culpa no se presume y, por consiguiente, quien la alega está en la obligación de probarla. (1)

La responsabilidad por el hecho ajeno constituye una derogación al principio enunciado porque la víctima del hecho ilícito del dependiente no se encuentra en la necesidad de probar la culpa del civilmente responsable. En otras palabras, la ley ha establecido en contra de este último una presunción de culpa. (2) Es el principio general consagrado sin excepción, tanto en doctrina como en todas las legislaciones y el seguido por el C. Civil Argentino.

(1) SALEILLES R.: "Etude sur la théorie générale de l'obligation", Paris 1934, 3a. ed., n. 333..

(2) JOSSERAND: "Cours de droit civil positif français", Paris 1933, 2a. ed., t. II, n. 488

Respecto al carácter de esta presunción, no ofrece dificultad alguna establecer cuál es la que pesa sobre los padres, tutores, directores de colegios y maestros artesanos ya que la ley expresamente les permite excusar su responsabilidad probando que les ha sido imposible impedir el hecho dañoso. Se trata evidentemente de una presunción "juris tantum". Lo mismo cabe decir de las personas enumeradas en los Arts. 1118 y 1119 sobre quienes pesa una presunción "juris et de jure", pues serán responsables aunque prueben que les ha sido imposible impedir el daño; por más que creemos que aquí nos encontramos en presencia de una responsabilidad contractual de un alcance mucho más amplio que los casos de responsabilidad establecidos en los Arts. 1113, 1114 y 1117, como lo dijimos en el capítulo anterior. (3).

En cambio, el Art. 1113 se limita a decir simplemente: "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia. . .", sin expresar si al principal le será o no permitido escapar a su responsabilidad demostrando que le fué imposible impedir el acto ilícito de su dependiente y que no hubo ninguna culpa de su parte. Dicho en otra forma: el patrón ¿será admitido a probar que fué lo suficientemente cauto en la elección y diligente en la vigilancia de su empleado o se trata, por el contrario, de una presunción absoluta de culpa contra la cual no hay prueba de descargo posible? Queda planteado el problema.

9. — Nuestro codificador cita como fuentes del Art. 1113 el Art. 1384 del C. Civil Francés, el 2299 del C. de Luisiana y agrega "que Goyena en el Art. 1901 de su proyecto hace sobre la materia observaciones dignas de tenerse presentes".

Las soluciones contradictorias que en este punto ofrecen las fuentes citadas ha llevado a BIBILONI a decir "que el redactor de nuestro código no concedió la atención necesaria a esta materia y no advirtió las profundas e insalvables distancias que existían entre las concordancias que invocaba". (4).

(3) Supra n. 7.

(4) "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino", Buenos Aires 1929, t. II, pág. 538.

Creemos, sin embargo, que este juicio es demasiado severo y que la contradicción anotada no es tanta o que, por lo menos, tiene una explicación razonable, como lo veremos más adelante.

10. — El Art. 1384 del C. Civil Francés después de enumerar las personas responsables, a saber: el padre y la madre, los patrones y comitentes y los maestros y artesanos, agrega en el último párrafo: “Esta responsabilidad tiene lugar a menos que los padres, maestros y artesanos, prueben que no han podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad”. Vemos, pues, que el artículo concede a los padres, maestros y artesanos, y sólo a ellos, el derecho de probar que no pudieron impedir el hecho ilícito de sus hijos o alumnos, librándose, así, de toda responsabilidad. El silencio que guarda la ley respecto a los patrones y comitentes nos lleva a afirmar que su responsabilidad es inexcusable y que la prueba de descargo sólo es admitida a favor de las personas mencionadas expresamente en el último apartado del artículo citado. (5) Esta interpretación surge clara no sólo del mismo texto legal, sino de la elaboración y discusión del proyecto por los redactores del C. Civil Francés.

En efecto, la redacción primitiva del párrafo final del Art. 1384 estaba concebida en los siguientes términos: “La responsabilidad indicada tiene lugar a menos que el padre y la madre, los patrones y comitentes prueben que no han podido impedir el hecho que da lugar a esta responsabilidad”. (6). Luego se propuso la substitución de los patrones y comitentes por los maestros y artesanos (7), enmienda que fué aprobada, quedando el artículo tal cual hoy existe. Esta modificación sólo se explica por el deseo de eliminar a los patrones y comitentes del beneficio de la prueba contraria. El alcance de esta responsabilidad está, además, explicado en el discurso que pronunciara ante el Tribunado M. Bertrand de Greuille el 6 de febrero de 1803, quien, contra la opinión de M. Tarrible, dijo: “Ellos (los padres y comitentes) no pue-

(5) GIORGI: op. cit., t. V, n. 277.

(6) LOCRÉ: “La législation civile, commerciale et criminelle de la France”, París 1828, t. XIII, pág. 16, Art. 19.

(7) LOCRÉ: op. cit., t. XIII, p. 22, n. 6.

den en ningún caso argumentar la imposibilidad en que pretenderían haber estado de impedir el daño causado por sus domésticos o encargados en las funciones para las cuales han sido empleados y el proyecto los sujetaría siempre a la responsabilidad más completa y menos equívoca...” (8).

Por otra parte, la responsabilidad inexcusable del patrón ha sido consagrada en forma unánime por la doctrina y la jurisprudencia francesas. (9).

11. — La segunda fuente es el Código de Luisiana, Art. 2299. Este no guarda relación con el Art. 1113 nuestro, cuyo texto correspondería más bien al Art. 2296 que establece: “Somos responsables no sólo por el daño ocasionado por nuestro propio acto, sino también por el que es causado por el acto de las personas por las cuales respondemos, o por cosas que tenemos en nuestra guarda. Esto, sin embargo, debe entenderse con las siguientes modificaciones”: Luego en el Art. 2299 trata de la responsabilidad de los patrones y comitentes y de los maestros y artesanos y termina diciendo: “En los casos indicados sólo existe responsabilidad cuando los patrones o principales, los maestros y artesanos podían haber impedido el acto que causó el daño y no lo hicieron”.

A “contrario sensu” cesará la responsabilidad si prueban que les fué imposible impedir el acto perjudicial del subordinado.

12. — La misma solución contiene el Art. 1901 del Proyecto de García Goyena. Enumera primero las personas responsables, entre las que se encuentran los dueños o directores de un estable-

(8) LOCRÉ: op. cit., t. XIII, p. 42, n. 14.

(9) SOURDAT A.: “Traité général de la responsabilité”, Paris 1872, 2a. ed., t. II, n. 903. — DEMOLOMBE C.: “Traité des engagements que se forment sans convention”, (T. XXXI del “Cour de Code Napoléon”), Paris s/f., n. 611. — DURANTON: “Cours de droit civil français”, Paris 1834, 3a. ed., t. XIII, n. 724. — MOURLON F.: “Répétitions écrites sur le code civil”, Paris 1877, 2a. ed., t. II, n. 1695. — BEUDANT R.: “Les contrats et les obligations” (del “Cours de droit civil français”), Paris, n. 1211. — BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE: “Les obligations” (Del “Traité théorique et pratique de droit civil”), Paris 1905, 2a. ed., t. III, 2a. parte, n. 2911. — SAVATIER, op. cit., t. I, n. 284.

cimiento o empresa, y en su parte final estatuye: “La responsabilidad de que se trata en todos los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

13.— Vemos, pues, que mientras el C. Civil Francés contiene contra los patrones y comitentes una presunción absoluta e irrefragable de culpa, el Código de Luisiana y el Proyecto de García Goyena les permiten excusar su responsabilidad demostrando que les fué imposible impedir el acto perjudicial o que emplearon toda la diligencia necesaria para ello. ¿Cuál de las dos soluciones ha adoptado el C. Civil Argentino?

14.— Nuestros clásicos comentaristas del C. Civil no han prestado mucha atención al problema que estudiamos. SEGOVIA en su comentario al Art. 1113 se limita a aclarar la defectuosa redacción del texto legal. ⁽¹⁰⁾ LLERENA dice que existe una presunción de falta sin establecer cuál es su carácter ⁽¹¹⁾ y MACHADO afirma que “la responsabilidad se extiende de una manera general fundada en una presunción de falta o negligencia... que se puede desvanecer por una presunción contraria como lo será en el art. 1116”. ⁽¹²⁾

BIBILONI ⁽¹³⁾ es quien con más convencimiento sostiene que el Art. 1113 sólo establece a cargo del patrón una presunción “*juris tantum*” de culpa. Lo hace con los siguientes argumentos:

Descarta la existencia en el Art. 1113 de una responsabilidad objetiva, pues el principio que lo informa es el mismo que el de los Arts. 1109 y 1067: siempre debe existir hecho imputable al agente. Luego estudia las fuentes citadas por Vélez y hace resaltar la notable contradicción que encuentra en ellas, de tal modo

(10) “El C. C. de la R. Argentina, su explicación y crítica bajo la forma de notas”, Buenos Aires 1881, t. I, com. Art. 1113, n. 1.

(11) “Concordancias y comentarios del C. C. Argentino”, B. Aires, 1900, 2a. ed., t. IV, com. Art. 1113, n. 1.

(12) Exposición y comentario del C. C. Argentino”, Buenos Aires 1928, t. III, com. Art. 1113.

(13) Op. cit., t. II, pág. 534 y ss.

que no resuelven cuál es el alcance del Art. 1113. Dice que la obligación establecida por éste, sin mayor dificultad, resulta que es la obligación del Art. 1109 y debe, por lo tanto, ser imputable a culpa del patrón, como lo dicen el C. de Luisiana y el Proyecto de Goyena. Y agrega que esta interpretación está fundada en los Arts. 1118 y 1119 del C. Civil que prohíben al patrón la prueba de descargo, pues de lo contrario, estos artículos “no dirían para los hoteleros, los empresarios de transportes y los capitanes sino lo que ya estaría dispuesto para todos en el Art. 1113. Y esto no se comprende pocas líneas más abajo de escrito el precepto fundamental” (14).

La misma opinión es compartida por el profesor ENRIQUE MARTINEZ PAZ, quien la expuso en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil. (15). Apoya su criterio con las citas de Segovia y Machado, los que, en nuestra opinión, no resuelven ni tratan concretamente la cuestión.

Resumiendo los argumentos extraídos de las citas anteriores y en especial de Bibiloni, tenemos:

a) Las fuentes son contradictorias y hay que desecharlas en la interpretación del Art. 1113;

b) Una presunción absoluta de culpa iría contra el sistema general de la ley que no admite responsabilidad sin culpa;

c) Si no fuera así, los Arts. 1118 y 1119 estarían de más porque no harían más que repetir lo que ya está dicho en el Art. 1113.

15. — Procedamos al análisis y a la crítica de los argumentos que se dan a favor de la presunción “*juris tantum*” y tendremos los argumentos a favor de la culpa inexcusable del patrón, que es, por otra parte, la interpretación que aceptamos.

(14) Op. cit., t. II, p. 539.

(15) Reforma del C. Civil. Observaciones y actas de la Comisión, t. I, p. 440, Art. 1415; en igual sentido Arturo Acuña Anzorena en nota a *Jurisp. Arg.*, t. 46, pág. 675 y Daniel Ovejero “Responsabilidad por el hecho de tercero”, en *Jurisp. Arg.*, t. 54, sec. doct., p. 15, n. 6

(16) SAINT-JOSEPH, A. de: “Concordance entre les codes civile étrangers et le code Napoléon”, París 1856, 2a. ed., t. II, p. 538. — GALLI, ENRIQUE V.: “Responsabilidad de principales y patronos por los actos ilícitos de subordinados y dependientes”, Buenos Aires, 1940, n. 22.

Se critica muy duramente la circunstancia de que Vélez citara en la nota al Art. 1113 a fuentes que ofrecen soluciones completamente opuestas. En efecto, es así; mientras el C. Civil Francés establece en contra de patronos y comitentes una presunción irrefragable de culpa, el C. de Luisiana y el Proyecto de Goyena adoptan expresamente la solución contraria; pero creemos que de las tres fuentes citadas la única que merece el calificativo de tal es el Art. 1384 del C. Civil Francés.

Respecto al C. de Luisiana, es muy posible que nuestro codificador lo conociera indirectamente a través de las concordancias de *Saint-Joseph*, libro del que se valió Vélez para muchas de sus citas, y aquél incurre en el error de poner los Arts. 2296 a 2299 del código citado como idénticos al Art. 1384 francés ⁽¹⁶⁾ y en esta creencia lo citó también Vélez.

En cuanto al Proyecto de García Goyena hay que advertir que el codificador se ha limitado a decir que "Goyena en el Art. 1901 de su proyecto, hace sobre la materia observaciones dignas de tenerse presentes". De manera que la cita no se refiere al texto del Art. 1901 sino a las "observaciones" que hace Goyena; y si bien es cierto, como lo hace notar Bibiloni, entre éstas hay una que dice: "La ley presume que el hecho acaeció por culpa o negligencia de las personas enumeradas en este artículo; pero al final del mismo se les reserva el derecho de probar que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño..." ⁽¹⁷⁾, no vemos el motivo para creer que Vélez se hubiera referido en particular a ésta y no a otras "observaciones". Además por la forma en que está hecha la cita no puede ser ténida como una verdadera fuente.

Queda, por lo tanto, el Art. 1384 del Código Civil Francés como la única fuente del Art. 1113.

El segundo argumento tampoco tiene valor. Nuestro Código Civil consagra a menudo presunciones "juris et de jure" y el hacerlo una vez más en el Art. 1113 no significa que altere el sistema legal establecido en materia de responsabilidad.

(17) GARCIA GOYENA, G.: "Concordancias, motivos y comentarios del del Código Civil Español", Madrid 1852, t. IV, p. 255.

El argumento basado en los Arts. 1118 y 1119 carece en absoluto de consistencia. En primer lugar, estos artículos, según ya lo dijimos, legislan en realidad sobre responsabilidad contractual, lo que explica el alcance de la obligación en ellos establecida. Su mala ubicación suministra ocasionalmente un argumento a favor de los que sostienen que el Art. 1113 permite al patrón excusar su responsabilidad, lo que no sucedería de estar colocados en el lugar que corresponde. ⁽¹⁸⁾. En segundo término, aún cuando admitiéramos que las disposiciones citadas tratan sobre responsabilidad extracontractual el argumento pierde toda su eficacia ante lo establecido en el Art. 1116 que acuerda a los padres, tutores, curadores, directores de colegios y maestros artesanos el derecho de probar que no les fué posible impedir el daño. Esta disposición vendría a confirmar nuestra interpretación, pues, razonando en la forma que lo hace Bibiloni ante el Art. 1118 en apoyo de su tesis, podríamos decir a favor de la nuestra que el Art. 1116 resultaría inútil si el Art. 1113 consagrara una presunción "juris tantum", porque no haría más que repetir lo que ya está dicho en éste último, lo que no se comprende pocas líneas más abajo de escrito el precepto fundamental. ⁽¹⁹⁾.

16. — En conclusión, sostenemos que la responsabilidad del patrón es inexcusable y ya veremos más adelante cuál es su fundamento.

Pero, si bien el principal no puede escudarse para salvar su responsabilidad en nada que le sea personal, puede oponer las defensas que corresponderían al subordinado: el caso fortuito o la fuerza mayor; la culpa de la víctima; que el hecho no fué ilícito o que no hubo daño. ⁽²⁰⁾.

17. — El Proyecto de Reforma al Código Civil trata la responsabilidad del patrón o comitente en el Art. 889. De su texto, no muy claro, parece surgir la responsabilidad inexcusable del

(18) ORGAZ ALFREDO: op. cit. n. 9.

(19) ORGAZ ALFREDO: op. cit., n. 11, in fine.

(20) GIORGI: op. cit., t. V, n. 276.

principal. Luego de sentar el principio general, agrega: “El patrón responderá aún cuando no pueda determinarse si el acto perjudicial se debió a culpa o dolo de sus agentes o a caso fortuito, salvo si justificare haber procedido con el cuidado impuesto por el uso y las circunstancias en la elección del servidor, como en las máquinas y utensilios de su trabajo, o en la dirección de la tarea encomendada”. Ante tal disposición nace de inmediato la duda sobre si la justificación del patrón procede únicamente cuando no se ha podido determinar la culpa o el dolo del agente o el caso fortuito, o si, por el contrario, se aplica a todos los casos. Por la redacción del artículo, nos inclinamos por la primera interpretación; pero convendría aclarar su texto y establecer en forma inequívoca la inexcusabilidad del principal.

18. — Nuestra jurisprudencia, salvo algún caso aislado, reconoce en el Art. 1113 la existencia de una presunción de culpa en contra del patrón o comitente; y en lo que respecta al carácter de la misma se nota, en general, una decidida inclinación a sostener la inexcusabilidad del principal.

En cierta oportunidad se ha llegado a establecer esta doctrina que consideramos inadmisibles: “La responsabilidad refleja prevista en el Art. 1113 del Código Civil no se presume y a quien la alega le incumbe probar la negligencia imputada al patrón o propietario”. (21). Huelga todo comentario.

Se estableció una presunción “*juris tantum*” en el siguiente caso:

“El Art. 1113 del Código Civil crea una presunción “*juris tantum*” de culpa, cuyo fundamento radica en el cuidado que ha de ponerse al elegir a los dependientes (culpa in eligendo) y en la vigilancia que debe ejercerse (culpa in vigilando) respecto de las cosas de que la persona se sirve o tiene a su cuidado” (22).

Se ha elegido el criterio adoptado por nosotros en los siguientes fallos:

“Las disposiciones del Código Civil que se refieren a la culpa por el hecho de los dependientes imponen al patrón una ver-

(21) Revista La Ley, t. 16, pág. 1191.

(22) Jurisp. Arg., t. 69, p. 210.

dadera responsabilidad objetiva, agena a toda justificación de culpa del patrón”. (23).

“Demostrado que el camión causante del accidente cruzó veozmente la bocacalle sin dar toques de bocina, en cuyas circunstancias se produjo el accidente que determinó el fallecimiento de la víctima, debe declararse civilmente responsable del hecho al dueño del camión”. (24).

“El pasajero de un ómnibus que demanda a la empresa por reparación de los daños sufridos con motivo de un accidente de tránsito del ómnibus, está facultado para invocar la culpa presuntiva de la demandada, es decir, que le basta acreditar el accidente y el daño”. (25).

“Acreditado que en el accidente de tránsito ha mediado la culpabilidad del conductor habilitado por el propietario del coche para su dirección y guarda, la responsabilidad del patrón o comitente existe, aunque éste pruebe que no le ha sido posible evitar el hecho, pues la ley no hace la distinción que consagra respecto de los padres, tutores, etc.”. (26).

“Los patrones y comitentes no pueden declinar la responsabilidad a la cual se encuentran sometidos ofreciendo probar que se encontraban en la imposibilidad de evitar el daño; pero su responsabilidad sólo se refiere a los hechos perjudiciales cometidos en el ejercicio o con motivo de las funciones para las cuales el subordinado había sido empleado, y no a los delitos o cuasidelitos no relacionados con sus funciones”. (27).

(23) Jurisp. Arg., t. 59, p. 445.

(25) Jurisp. Arg., t. 68, pág. 696.

(26) Jurisp. Arg., t. 71, p. 133.

(27) Jurisp. Arg., t. 73, p. 284.

FUNDAMENTO

SUMARIO: 19.—Distintas teorías.

20.—La culpa; crítica.

21.—El riesgo; crítica.

22.—Otras teorías.

23.—Nuestra opinión.

24.—Jurisprudencia.

19.— Distintos son los fundamentos con que se trata de explicar la responsabilidad de los patrones y comitentes por los actos ilícitos de sus empleados o encargados. Para unos ella se basa en el clásico principio de la culpa; otros encuentran el fundamento en el riesgo creado por la actividad del principal; y otros, por fin, la explican mediante la idea de representación o también de garantía. Pasaremos una revista a las distintas teorías para luego dar nuestra opinión.

20.— Según la teoría de la culpa, la responsabilidad indirecta no es más que una simple aplicación del viejo principio que toma a la culpa como base de toda responsabilidad. Si el patrón o comitente son responsables por los hechos de sus dependientes es porque han incurrido en culpa, ya sea por una mala elección (culpa in eligendo), ya por una defectuosa vigilancia (culpa in vigilando). La única diferencia entre la responsabilidad indirecta y la responsabilidad por el hecho propio radicaría en que la culpa del patrón es en este caso presumida por la ley. Esto hará, se afirma, que los patrones y comitentes sean más cautos en la elección y más atentos en la vigilancia de sus empleados.

Es la idea contenida en POTHIER ⁽¹⁾, consagrada luego por

(1) "Traité des obligations", (Del t. I de "Oeuvres de Pothier" publiée par les soins de M. Dupin, París 1835), n. 121.

el C. Civil Francés y compartida por la mayoría de sus clásicos comentaristas.

Entre los partidarios de la teoría de la culpa anotamos esta dualidad de criterio: mientras para unos la presunción de culpa radica en la "mala electio", para otros se encuentra no sólo en la mala elección sino, también, en la deficiente vigilancia que el patrón ha ejercido sobre sus dependientes o domésticos.

Para DURANTON (2) el fundamento se encuentra en la "culpa de haber tomado a su servicio a gentes de cuya moralidad no estaban seguros".

Según DEMOLOMBE (3) el motivo verdadero, principal y predominante, sino único, de esta presunción legal de responsabilidad se halla en haber —los patronos y comitentes— elegido mal sus domésticos y sus empleados.

SOURDAT (4) dice que el principio y la razón de esta responsabilidad radica en la elección libre y voluntaria del comitente, que, antes de confiar un empleo al encargado, antes de ponerlo en relación con los terceros en el ejercicio de su empleo, ha debido asegurarse de su capacidad, es decir, de su aptitud moral, intelectual y física para cumplir la función sin daño para los demás. Más adelante agrega que la libertad de elección no es el único motivo. A él se une otro no menos determinante: es el derecho que pertenece al comitente de dar al encargado instrucciones, órdenes y vigilar la ejecución del mandato que le ha confiado.

Para HUC (5) la presunción de culpa consiste en que el patrón o comitente ha elegido mal sus domésticos o encargados.

BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE (6) dicen que esta responsabilidad está fundada en una presunción legal de culpa; pero que la culpa no consiste en haber vigilado mal a la persona que ha cometido el hecho dañoso sino en haberla elegido sin reflexión.

(2) Op. cit., t. 13, n. 724.

(3) Op. cit., t. 8, p. 610.

(4) Op. cit., t. 2, ns. 884 y 885.

(5) "Commentaire théorique et pratique du C. Civil", París 1895, t. VIII, n. 444.

(6) Op. cit., t. III, 2a. parte, n. 2911.

BEUDAN (7) encuentra que la mala elección y vigilancia insuficientes son los dos fundamentos de la responsabilidad indirecta.

Según LAURENT, (8) debe haber una culpa cualquiera que imputar a los patrones y comitentes “pero esta culpa no consiste en una falta de vigilancia”. Es decir, para él el fundamento está en la culpa “in eligendo”.

RICCI (9) se pronuncia también por la culpa “in eligendo”.

Para GIORGI (10) se trata de la culpa “in eligendo” e “in vigilando”.

La teoría de la culpa, como fundamento de la responsabilidad de los patrones y comitentes, está siendo objeto en la actualidad de las más acerbas críticas. Se la considera una construcción completamente artificial, reñida con la realidad de la vida moderna. Hoy en día, las más de las veces, el patrón no tiene libertad para elegir sus empleados, y hasta suele la elección serle impuesta y, sin embargo, debe responder por personas que él no ha elegido ni ha tenido la posibilidad de elegir. (11).

Igualmente, la forma en que se realiza el trabajo hace imposible que el patrón pueda ejercer sobre sus empleados una vigilancia activa y directa.

Pero, aún suponiendo que la elección sea libre y la vigilancia posible, es inconcebible, se dice, que pueda hablarse de presunción absoluta o irrefragable de culpa: ¿cómo es posible que el patrón o comitente no sean admitidos a probar que han sido cuidadosos en la elección y atentos en la vigilancia de sus empleados? ¿Por qué el patrón debe responder por una culpa que en realidad no ha cometido? (12).

El mismo PLANIOL, partidario de la teoría de la culpa, se aparta de ella cuando se trata de la responsabilidad del patrón y

(7) Op. cit., n. 1211.

(8) Op. cit., t. 20, n. 570.

(9) “Derecho Civil teórico y práctico”, trad. de E. Ovejero, Madrid, s/f., t. XIII, n. 96.

(10) Op. cit., t. V, ns. 253 y 276.

(11) BAHGAT H.: “La responsabilité du commettant a raison des faits de ses préposés”, París 1929, p. 44. — JOSSERAND: op. cit., t. II, n. 510

(12) CHAVEAU: “Examen synthétique des questions de responsabilité civile”. Rev. Crit. 1933, p. 306, n. 22.

considera que toda responsabilidad fundada sobre una presunción de culpa debe admitir la prueba contraria bajo pena de ser inícuca. ⁽¹³⁾.

Es la idea sostenida por CHIRONI: "Donde hay presunción de culpa la justicia quiere que quede salva la presunción contraria; y la ley, cuando la admitió, concedió a quien presume en culpa la facultad de librarse". ⁽¹⁴⁾.

En resumen, pues, para los que atacan esta teoría, la presunción absoluta de culpa no es más que una ficción. ⁽¹⁵⁾.

21. — Entre las doctrinas que rehusan ver en la culpa el fundamento de la responsabilidad indirecta se encuentra la teoría objetiva o del riesgo creado, cuyas proyecciones sobrepasan los límites de este aspecto de la responsabilidad civil; pero encuentra en él campo propicio para su aplicación.

La doctrina objetiva o del riesgo creado tuvo sus precursores en los autores de la escuela del derecho natural del siglo XVIII, que aceptaron, los primeros, la idea de que podía existir responsabilidad independiente de toda culpa.

Esta idea, olvidada luego, reapareció con todo su vigor en la literatura jurídica alemana del siglo XIX. ⁽¹⁶⁾. De Alemania pasó a Francia, donde autores de la talla de Saleilles y Josserand le imprimieron, al amparo de la jurisprudencia, un enorme desarrollo, ⁽¹⁷⁾ sobre todo el primero con su obra "Les accidents de travail et la responsabilité civile". ⁽¹⁸⁾.

La responsabilidad fundada en el riesgo creado nace del con-

(13) "Etude sur la responsabilité civile". Rev. Crit. 1909, p. 297.

(12) CHAVEAU: "Examen synthétique des questions de responsabilité

(14) "La culpa en el D. Civil moderno: culpa extra contractual" Trad. de la 2a. ed. ital. por C. Bernaldo de Quirós, Madrid 1906, t. II, n. 290 trip.

(15) BAGHAT, op. cit., p. 45. — SAVATIER, op. cit., t. I, n. 284

(16) MARTON, G.: "Les fondements de la responsabilité civile". París 1938, n. 59.

(17) MARTON, G.: Op. cit. n. 70

(18) Puede verse también el trabajo de Saleilles "La responsabilité du fait des choses devant la Cour Supérieure du Canada", en Rev. Trim., 1911, p. 23, donde, en tono polémico, refuta las conclusiones de Planiol sobre el fundamento de la responsabilidad civil.

cepto de que todo aquél que ejerce una actividad cualquiera en su interés y provecho se encuentra obligado a reparar los perjuicios que para el derecho ajeno pudieran resultar de esa misma actividad, aunque ninguna culpa le pueda ser atribuída. (19).

El patrón o comitente que se vale de terceros para el ejercicio de sus actividades, que posee empleados que realizan sus funciones bajo su control y para su provecho personal, debe cargar con los posibles perjuicios que éstos, por su culpa, pudieran ocasionar.

Quien extrae provecho por una actividad, debe sorportar los riesgos que la misma actividad comporta y entre esos riesgos están los daños que culposamente causaren sus empleados o encargados. (20).

PLANIOL (21) distingue la responsabilidad de los amos por los actos de sus domésticos de la responsabilidad de los comitentes por los hechos de sus empleados. En el primer caso la responsabilidad deriva de la propia culpa del patrón; pero, en el segundo caso otro es el fundamento. Este se encuentra en la idea de empresa o en el principio que él llama "la ley de conexión entre el provecho y el riesgo". Quien emprende un trabajo para sacar un provecho pecuniario, dice, acepta necesariamente, como una contraparte inevitable, el riesgo de los daños injustos que ese trabajo pueda causar a otro. Este principio es de una evidencia notable si la persona trabaja sola; recibe una extensión, cuya justificación se demuestra por el razonamiento, si la persona que especula sobre la ejecución del trabajo emplea a otras bajo sus órdenes para llevarlo a cabo.

Vemos, pues, cómo Planiol vendría a aceptar el fundamento del riesgo para el patrón-empresario.

DEMOGUE también acepta la teoría del riesgo y la explica mediante la idea de organismo: "Así en un organismo, dice, la cabeza respondería por los miembros y si hay muchos jefes cada uno responderá por los otros. De esta manera, la noción de comi-

(19) GIORGI: Op., t. V, n. 252 quarter. — SAVATIER: Op. cit., t. I, n. 274.

(20) BAHGAT: Op. cit., p. 46. — SAVATIER: Op. cit., n. 284.

(21) Rev. Crit. 1909, p. 298 y ss. cit.

tente tendría una sólida base en un equilibrio de posibilidades de pérdidas y de ganancias que presenta todo negocio". (22).

A esta teoría se le han dirigido algunas críticas que someramente pasamos a enunciar.

Se dice que ella olvida las omisiones que son susceptibles de causar daños. (23).

Además, suelen presentarse cuestiones de responsabilidad que son imposibles de resolver mediante la aplicación de la teoría del riesgo y hay que recurrir, necesariamente, al criterio de la culpa. Tal es el daño causado recíprocamente por dos personas que ejercen la misma actividad. (24). Y, aún más, se puede decir que casi siempre la víctima que sufre el daño se encuentra ejerciendo una actividad de la cual saca un provecho. Entonces, es justo, también, que ella corra con los riesgos de esa actividad. (25).

MAZEAUD (26) hace resaltar una objeción ya anotada por Planiol, y es que hay casos en que la actividad del dependiente no significa ningún provecho para el patrón, como cuando éste emplea domésticos para su servicio personal. (27).

Se observa, también, que si la responsabilidad se basa en el provecho que el patrón extrae de la actividad del dependiente no se comprende por qué razón la víctima, para obtener reparación, deba probar la culpa de este último, ya que son sus actos normales los que benefician al patrón y no sus actos culposos. (28).

22. — Hay quienes adoptan la idea de representación como fundamento de la responsabilidad que estudiamos. Según esta teoría los dependientes serían los representantes de los patrones o comitentes, de donde se infiere la responsabilidad de éstos por los actos de los primeros, aún cuando se trate de actos ilícitos. El pa-

(22) DEMOGUE, R.: "Traité des obligations en général", París, 1925, n. 882.

(23) GIORGI: Op. cit., t. V, n. 252 quarter.

(24) GIORGI: Op. cit., t. V, n. 252 quarter

(25) ESMEIN: "Le fondement de la responsabilité contractuelle". Rev. Trim. 1933, p. 627, n. 20.

(26) Op. cit, t. I, n. 933.

(27) Aunque en este caso se responde que el beneficio existiría siempre, ya que la actividad del doméstico permite al patrón dedicarse con más libertad a otras actividades provechosas.

(28) MAZEAUD: Op. cit., t. I, n 933.

trón, afirman, confía a otro la ejecución de un negocio en su nombre e interés; de aquí que los actos ilícitos cometidos por el encargado al cumplir el servicio que se le ha encomendado obliguen a aquél que encargó su ejecución.

Es la tesis sostenida por Chironi. Para él hay representación: "a) Cuando existe efectivamente el mandato o una absorción de negocios ajenos que lo iguale; b) Si, haciendo caso omiso de la figura especial y determinada del mandato, existe el encargo de hacer una cosa determinada, o cumplir un determinado encargo". Dentro de esta última figura caería la obligación del patrón o comitente. (29).

Consideramos inaceptable esta teoría porque no está de acuerdo con el concepto jurídico del mandato. No se concibe que el patrón pueda haber dado a su encargado órdenes para cometer un acto ilícito; y si lo ha hecho será responsable como autor directo, por su hecho personal, y no como tercero que responde por un hecho ajeno. (30).

Además, el mandato se aplica en la esfera de las obligaciones contractuales y no en materia delictual: no puede haber mandato, en sentido legal, para cometer un acto ilícito. (31).

Lo mismo cabe decir aunque demos de la representación el concepto amplio de Chironi: no puede haber representación, ni expresa ni tácita, para la ejecución de actos ilícitos.

Mazeaud adopta una posición idéntica a la anterior; pero va más lejos. Para él hay una verdadera confusión de la persona del encargado con la del patrón; cuando el encargado obra es como si obrara el mismo comitente. (32).

Se habla también de garantía. Los patrones y comitentes al confiar a un empleado o dependiente la ejecución de actos que ellos no quieren o no pueden cumplir personalmente, vienen a constituirse hacia los terceros en garantes de los posibles perjuicios que

(29) Op. cit., t I, n. 163

(30) AGUIAR: op. cit., t. II, n. 108.

(31) DEMOGUE: op. cit., t. V, n. 883.

(32) MAZEAUD: op. cit., t. I, n. 935. En igual sentido: TOULLIER: "Droit civil français", París 1830, 5a. ed., t. XI.

en el desempeño de su cometido llegara aquél ha ocasionar. (33).

A esta teoría se le puede hacer análoga objeción que a la de la representación: la aplicación que se quiere hacer del contrato de garantía no está de acuerdo con el verdadero concepto de esta obligación; sobre todo falta la voluntad del garante. (34).

Aún en el caso de que aceptáramos la existencia de una garantía impuesta por la ley, quedaría en pie la cuestión relativa a saber cuál es el fundamento de la imposición legal.

23. — En las legislaciones que establecen en contra de patrones y comitentes una presunción “*juris tantum*” de culpa, como sucede con el C. Civil Alemán, el C. Civil Suizo de las obligaciones y el C. Civil Mejicano, el fundamento de esta responsabilidad no es discutido: se trata evidentemente de la culpa “*in eligendo*” e “*in vigilando*”. Es en las legislaciones que han adoptado una presunción absoluta, irrefragable de culpa, que el problema se plantea y adquiere verdadera importancia. En ellas la explicación de la culpa presunta parece no satisfacer y nacen nuevas teorías que tratan de suplir su insuficiencia o desplazarla por completo. ¿Cómo es posible, se preguntan, que el fundamento de la responsabilidad de los amos y comitentes sea la culpa cuando la ley no les permite la prueba de que ella no existió? ¿Por qué si su responsabilidad reposa en la culpa la ley prohíbe demostrar que no la hubo, que pusieron el mayor cuidado en la elección y vigilancia de sus dependientes? Y la injusticia les parece más notoria cuando se piensa que, con frecuencia, el patrón no puede elegir sus empleados ni mucho menos vigilarlos. El maquinismo ha traído una completa transformación en los métodos y formas de trabajo que hace cada vez más difícil, si no imposible, una elección y una vigilancia directas de los empleados por parte de los patrones y comitentes. Entonces, se afirma, la presunción “*juris et de jure*” no es más que una ficción, una construcción completamente artificial, ajena a la realidad de las cosas, (35) lo que hace necesario buscar

(33) RIPERT G: “*La règle morale dans les obligations civiles*”, París 1925, n. 126. — CHAUVEAU, *Rev. Crit.* 1933, p. 306, n. 23.

(34) MAZEAUD: *op. cit.*, t. I, n. 935.

(35) Ver n. 20.

el fundamento de esta responsabilidad en algo distinto de la culpa.

El argumento que se esgrime en contra de la teoría de la culpa parece, a simple vista, realmente decisivo; pero no lo es, pues se basa en un error de conceptos. Se dan como sinónimos presunción y ficción, que encierran un significado diferente.

Las presunciones legales se basan sobre posibilidades; no hacen sino generalizar lo que comúnmente sucede, lo que acostumbra acaecer según el orden natural de la vida. (36) En cambio, la ficción marca una evidente contradicción con la realidad, o, para usar la expresión de algunos autores, se “finge” lo falso.

El derecho admite dos clases de presunciones: las presunciones “*juris tantum*” que pueden ser destruidas por la prueba en contrario y las presunciones “*juris et de jure*” que niegan esa prueba. Las primeras son las más comunes; las segundas, por el hecho de ser indestructibles no se convierten en ficciones: siempre existirá entre ellas la diferencia que media entre lo probable y lo falso. Claro es que cuando la ley establece una presunción de esta naturaleza deben existir motivos graves e imperiosos que han llevado al legislador a imponerla. “Así aparece, dice GENY (37) bajo la influencia de necesidades a las cuales debe satisfacer la técnica jurídica, la idea de limitar, en ciertos casos, la prueba libre, normalmente abierta contra la presunción de derecho; y esta idea susceptible de mil grados o formas puede ir, en su paroxismo, hasta excluir completamente, en los casos extremos, toda tentativa de prueba contraria”. Entonces, en cada caso, habrá que buscar cuál es ese motivo.

Unos ejemplos bastarán para aclarar los conceptos. Cuando nuestro código consagra la incapacidad civil de los menores de 22 años se basa en una presunción, en lo que considera más común: la ley supone que antes de esa edad el individuo no tiene sus facultades mentales lo suficientemente desarrolladas como para permitirle darse exacta cuenta o tener plena conciencia de sus actos. Y esta presunción es indestructible, a pesar de que existirán casos

(36) GENY, F.: “Science et technique en droit privé positif”. París, 1921, t. III, n. 228.

(37) Op. cit., t. III, n. 234.

en que el menor adquiere pleno desarrollo intelectual antes de esa edad.

Lo mismo cabe decir de las presunciones establecidas en los Arts. 240 y ss. La ley supone hijos legítimos a los nacidos dentro de ciertos plazos sin admitir prueba en contrario, en base a lo que la naturaleza nos muestra como más probable y más verosímil; sin perjuicio de que puedan haber casos en que la regla de derecho esté en contradicción con la realidad. Y como éstos muchos otros análogos.

En cambio, cuando la ley nos dice que la existencia de las personas comienza en el momento de la concepción en el seno materno, consagra una ficción, pues, es ley natural que la existencia comienza con el nacimiento y no antes.

Lo dicho bastará para destruir la crítica que se hace a la teoría de la culpa. El hecho de que hayan casos en que no se pueda imputar al patrón culpa alguna de su parte y que éstos hayan aumentado con el transcurso de los años, no es suficiente motivo para afirmar que la presunción absoluta de culpa es una mera ficción. Ficción sería si la culpa del patrón se encontrara ausente en la totalidad de los casos. Por el contrario, la mayoría de las veces es la mala elección o la vigilancia deficiente del patrón el factor determinante del daño.

En todo caso, habría que indagar qué razón poderosa ha llevado al legislador a consagrar en contra de patrones y comitentes una presunción de esta naturaleza. Es aquí donde podría tener cabida la teoría del riesgo, pues entre el patrón que lo ha creado, que ha hecho nacer la posibilidad del daño con el ejercicio de su actividad y la víctima que lo sufre, la ley ha querido amparar a ésta, el término más débil de la relación. Sólo así podrá cumplirse la idea de Pothier en el sentido de lograr que el principal sea más diligente en la elección y vigilancia de sus dependientes.

De manera, pues, que en la culpa "in eligendo" e "in vigilando", como motivo primero, y en el riesgo, se funda la obligación establecida a cargo del patrón por el Art. 1113. (38).

(38) Ig. sent. AGUIAR: op. cit., t. II, n. 108 d).

24. — En general nuestra jurisprudencia se mantiene dentro de la teoría de la culpa, aunque algunas veces se ha pronunciado por la teoría del riesgo y otras ha seguido el criterio de Mazeaud.

Citaremos la doctrina de algunos fallos:

“Las disposiciones del Código Civil que se refieren a la culpa por el hecho de los dependientes imponen al patrón una verdadera responsabilidad objetiva, ajena a toda justificación de culpa del patrón”. (39).

“La responsabilidad del principal es objetiva, es una pura obligación legal, que no se funda en culpa, sino en el hecho (culposo o doloso) del empleado, que dentro de la órbita del encargo y en ejercicio del mismo es considerado, lógicamente, hecho de la función, de la actividad delegada, cuya plena garantía la ley impone al principal por razones de seguridad pública, de protección eficaz a la víctima”. (40) En ambos casos se ha seguido la teoría objetiva.

“Se reputan como realizados por el patrón en virtud de la culpa refleja los actos, que emanados de sus dependientes o servidores, pueden obligar a aquél”. (41). Es el fundamento sostenido por Mazeaud.

“Si la ley responsabiliza al patrón por la impericia o imprudencia de sus empleados, es porque al elegirlos aquél pudo emplear personas más competentes y prudentes. Entre la situación del patrón que no cumple ese deber y la del tercero damnificado, que nada ha podido hacer al respecto, la ley hace recaer sobre el primero la consecuencia de la mala elección”. (42).

“La responsabilidad civil indirecta se funda en una doble idea de elección y de vigilancia, o sea por una elección defectuosa del encargado a quien se confía la realización de un trabajo, unida a la falta de vigilancia de parte del comitente durante el desempeño de esa incumbencia”. (43).

“El Art. 1113 consagra la responsabilidad por el hecho ajeno,

(39) Jurisp. Art., t. 9, p. 226.

(40) Rev. La Ley, t. 20, p. 1084.

(41) Jurisp. Artg., t. 36, p. 93.

(42) Jurisp. Arg., t. 36, p. 1416.

(43) Jurisp. Arg., t. 38, p. 1154.

fundado en una presunción de culpa o negligencia del patrón, en la elección o vigilancia de la persona que está bajo su dependencia; así se explica que ese texto, que crea la responsabilidad refleja del patrón, figure entre las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”. (44).

“La responsabilidad de los patrones por los actos cumplidos por los dependientes dentro del límite de sus atribuciones, se encuentra regida por el Art. 1113, del código civil. Por tanto, la culpa o la negligencia con que el dependiente cumplió el trabajo, incide directamente sobre el patrón que lo contrató. Se trata de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”. (45).

(44) Jurisp. Arg., t. 52, pág. 429.

(45) Jurisp. Arg., t. 67, p. 825.