

después de inútil si no se demuestra el caso fortuito? Y entonces, ¿por qué concederla? ¿Por qué no decir antes: no vale la prueba para liberar el responsable si no se demuestra el caso fortuito? Pero, por otra parte, ¿no es «caso» el hecho de no haberse cometido la menor imprudencia y de no haberse podido, sin embargo, impedir el daño? O, como se ha advertido antes, ¿tiene aquí el «caso», respecto á la presunción, una consistencia especial? Pero establecido esto, ¿en qué se separa luego la presunción de culpa de la garantía? No se trata, pues, de cuestiones abstractas, fuera de la vida práctica; tanto es así, que la forma expuesta de considerar la cuestión determinaría, por un lado, la teoría que concede la prueba contraria á la presunción de culpa, y por otro la práctica que no la consiente, porque, *prácticamente*, la mera prueba del caso fortuito daría la liberación al responsable. Contradicción ciertamente no pequeña.

Para concluir: el fundamento de la responsabilidad que se examina no consiste en la presunción de culpa, sea simple ó absoluta, sino en el concepto de «que conviene responder de los hechos ilícitos causados por los animales de que se obtiene servicio» (1); la palabra *servicio* se usa en el sentido más amplio, debiendo comprender hasta el caso en que el animal se tenga por simple gusto. La necesidad de aclarar este punto obliga á delinear desde ahora las consecuencias de la teoría respecto á la prueba liberatoria, de lo cual se hablará más adelante en su lugar oportuno (2); pero también en este elemento se afirmaba la construcción conducida sobre el concepto de garantía, mejor que sobre el de responsabilidad. La libre actividad de las personas no tiene impedimento si el agente que por la utilidad que puede tener, quiere servirse de los animales ó cosas susceptibles de

(1) En este sentido, si bien en la motivación se alude á la *responsabilidad* en razón de *propiedad*, cons. Trib. civ. Bolonia, 22 Junio 1900 (*Giur. it.*, 1900, I, 2, 507).

(2) V. el cap. XVIII.

causar daño á otro; pero asume frente á terceros el riesgo de esta posibilidad por el hecho mismo de servirse de tales cosas. Verdad es que la ley, para la armonía exterior de su sistema sobre el hecho ilícito, ha establecido esta figura especial de responsabilidad (daño causado por animales ó cosas) en el lugar donde trata la responsabilidad por culpa; verdad que se puede declarar por medio del concepto de la *presunción absoluta de culpa en la custodia*, y, por tanto (como se observó), la prueba liberatoria del caso no podría consistir en demostrar que no se omitió ninguna diligencia en la custodia, porque el *caso* en la posición de esta figura de responsabilidad no puede eliminar una «culpa» que se *presume absolutamente*. Hé aquí por qué el concepto del «caso», sin que difiera de la fuerza mayor (1), no se da aquí por la *prueba de la ninguna culpa del responsable* en la vigilancia. De modo que, en sustancia, habría gran analogía entre la responsabilidad así entendida y la *garantía*, que está verdaderamente en el contenido de la ley; pero aparte que la construcción queda más clara hablando, como debe, de garantía, y no de responsabilidad, la diferencia entre los dos términos se impone al examinar cuáles son las personas responsables; suprimido el elemento de la culpa, viene á menos también la imputabilidad; de aquí la obligación de garantizar aun las personas no capaces de culpa.

360. Inútil advertir que, de cualquier concepto que se

(1) Como se dirá en su lugar (v. n. ant.), aun no separando el caso fortuito de la fuerza mayor, y teniendo como razón general de liberación el *caso* en la concepción amplia que se describirá, no siempre el concurso de los términos de donde se forma tal concepto constituye el *caso* como medio liberatorio; pues se debe examinar en las varias figuras de *responsabilidad* si la razón que la determina, que es la relación especial entre la persona y la cosa perjudicante ó quien está obligado por el daño, no debe extender la *responsabilidad* incluso á acontecimientos que, aun siendo casuales, no son sin embargo *del todo* extraños á aquella relación especial que les comprende. Parece claro, por ende, que á tal *responsabilidad* convenga mejor el nombre de *garantía*.

argumente, no podrá el propietario del animal librarse de la responsabilidad abandonándolo al damnificado (1). La obligación es personal suya.

§ 1.

A qué personas grava la responsabilidad.

SUMARIO: 361. Responde quien se sirve del animal y por el tiempo durante que sirve.—362. Si el propietario está obligado cuando quien se sirve del animal es un criado ó comisionado suyo.—363. De la custodia.—364. Del depositario encargado de la custodia.—365. Aplicaciones de la teoría.—366. Poseedores.—367. De la responsabilidad del Estado por los daños causados por los caballos de los militares.—368. Daño causado por un animal á otro animal.—369. Daño causado por varios animales pertenecientes á diversos propietarios.

361. Las investigaciones hechas sobre la razón de la disposición de que se trata dan modo de establecer la regla acerca de quién sea responsable por el daño causado por el animal: «quien de él se sirve», responde. La locución de la ley está plenamente conforme con el espíritu que la informa, y así recuerda especialmente al propietario, por ser éste ordinariamente quien obtiene provecho de los animales que le pertenecen (2); no responde, pues, sólo en cuanto es propietario, sino porque en razón de su condición de tal se sirve del animal; tanto es así, que si no se sirviese de él directamente y lo diere á otro para servirse, éste respon-

(1) Lo dispone expresamente el Cód. civ. de la Rep. Argentina, art. 1.131. Conf., sin embargo, Cód. civ. de la Luisiana, art. 2.301.

(2) Cód. civ., art. 1.154; Cód. fr., art. 1.385. V. Cód. civ. alem., § cit.; Cód. civ. español, art. 1.905. Conf. Cód. fed. suizo de las oblig., art. 65; Cód. civ. austriaco, art. 1.320; Cód. civ. portugués, § 2.394; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.125 y sigts.; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.289; Cód. civ. de Guatemala, art. 2.278; Cód. civ. de Chile, art. 2.326; Cód. civ. japonés, § 718. V. BEVEN, ob. cit., I, p. 623 y sigts.

de, no el propietario. Por esto las palabras «ó quien de él se sirva» expresan toda la amplitud del principio, y la referencia que se hace antes al propietario es sólo una aplicación particular, si bien la más común; y respondiendo éstas, como ya se advirtió, al modo por el cual ordinariamente aparece tal disfrute, la ley lo tuvo en cuenta y personifica en el «propietario», á quien general y principalmente se sirve del animal (1).

Si luego resulta que del animal no se sirve directamente el propietario, sino otro, éste vendrá obligado; y si el servicio es la razón de la responsabilidad, será también su límite el término de la duración; así que se puede establecer aún mejor la regla diciendo que es responsable del daño causado por el animal la persona que de él se servía al tiempo en que el daño tuvo lugar. Cuya condición la ley (2) quiso recordarla con las palabras «ó quien se sirva de él durante el tiempo en que del mismo se sirve», quitando toda huella de la antigua acción noxal; si bien era fácil inferirla correctamente del motivo mismo de su norma.

Cuyo motivo da también la solución de otra duda, que llamó la atención de los doctores y de la jurisprudencia (3), duda originada de no haber tenido en cuenta aquel motivo. Se pregunta si la responsabilidad del propietario es conjunta con la del que se sirve del animal ó si es distinta; y se responde generalmente que no es colectiva, como se demuestra por la disyuntiva «ó» adoptada en el texto del artículo. El argumento literal es bueno; pero el deducido de la razón de la ley es más seguro; y lo prueba el pensar que alguna vez puede existir esta responsabilidad colecti-

(1) V. la n. 3.

(2) Cód. civ., art. cit.; Cód. civ. fr., art. cit.; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.126; Cód. civ. alem., § 834.

(3) AUBRY y RAU, § cit.; MASSÉ y VERGÉ, § cit.; LAURENT, ob. cit., XX, 627; DEMOLOMBE, ob. cit., VIII, 639 bis; LAROMBIÈRE, ob. cit., art. 1.385, n. 1. V. Cas. Florencia, 5 Diciembre 1881 (*Legge*, XXII, 1, 223).

va, como ocurriría si el animal prestase servicio á quien le usara efectivamente y al propietario (1). De conformidad, pues, al principio, si el daño se causó por el animal en el tiempo que el propietario del mismo se servía, será el dueño responsable; si otro obtiene el provecho, responderá éste, sin que el propietario quede comprendido para nada, por no derivar la obligación de mero derecho de propiedad (2).

362. La mencionada responsabilidad colectiva no puede ocurrir ni siquiera en el caso de animal confiado por el propietario á la custodia del criado, ó consignado á éste para valerse de él en cualquier servicio determinado. Ciertamente que el doméstico se sirve materialmente del animal; pero quien tiene el disfrute, quien obtiene el verdadero servicio es el propietario (3), y, por consiguiente, la responsabilidad del daño causado por el animal empleado en su interés y servicio permanecerá á su cargo. También aquí el principio indica la consecuencia, porque el perjuicio que deriva del animal está en correspondencia con el provecho que el responsable obtiene de él; en el caso que se discute el provecho es para el propietario; y si también el criado personalmente puede venir obligado, será por efecto de culpa suya. En cuyo caso salimos de la figura de responsabilidad que ahora se trata.

Puede muy bien darse esta responsabilidad especial con la que está ordenada por el hecho ilícito del representante; parecería que entonces ésta absorbe á aquélla, debiéndose aplicar, por tanto, las normas establecidas sobre las condiciones que son necesarias para que la otra se determine; pero es mejor doctrina afirmar la responsabilidad al con-

(1) V. el n. 363.

(2) V. la n. sigte. Y v. Trib. civ. Roma, 3 Septiembre 1902 (*Temí rom.*, 1902, 330).

(3) Conf. LAURENT, XX, 627. V. GIORGI, ob. cit., V, 288; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.126; Cód. civ. de Chile y del Uruguay, art. cit.; Trib. sup. de Colonia, 21 Marzo 1899 (*J. du P.*, 1901, 4, 19).

cepto especial del servicio que se obtiene del animal (1).

363. La cuestión examinada recuerda otra de mayor amplitud, que toca á la misma razón de la ley, y consiste en precisar el significado de la locución «ó quién de él se sirva».

La doctrina, aparte toda duda respecto á la admisibilidad de la prueba contraria sobre la diligencia adoptada y la imposibilidad en que el responsable estuviese de impedir el daño, está conforme con enseñar que en la disposición examinada domina el concepto de la culpa presunta *in vigilando*. Esto no responde á la letra y al espíritu de la ley, si se quiere referir la presunción á las llamadas simples; de otro modo, como se observó ya, no se comprende por qué no se ha concedido la prueba contraria, según acontece en todas las hipótesis en que la presunción de culpa *in vigilando* es fundamento de la responsabilidad. ¿Por qué la ley, dada, no ya la analogía, la identidad de razón en las dos disposiciones, no ha admitido para ambas el modo liberatorio que consiente sólo para una de ellas? (2).

Esta objeción sería por sí sola suficiente para demostrar que la disposición tiene otro fundamento que el comúnmente admitido, y que consiste en la obligación de responder de los daños derivados de la cosa de que se obtiene provecho, como dice claramente la locución adoptada por la ley. Otras legislaciones regulan la responsabilidad que examinamos, derivándola por entero de la presunción de culpa en vigilar; pero coherentes con el criterio que escogen, consienten al presunto responsable librarse de ella con la prueba contraria (3). ¿Será este sistema preferible al seguido por

(1) V. los nn. 364 y 377.

(2) V. más adelante otros argumentos á este propósito.

(3) Cons. Cód. civ. austr., art. cit.; Cód. suizo de las oblig., art. cit.; Cód. civ. de Guatemala, art. cit., y respecto únicamente á quien se sirve del animal, Cód. civ. alem., § 834; y v. PLANCK, ob. cit., sobre este §. — Se argumenta también con la concesión de la prueba

la ley italiana? Es dudoso; la misma equidad demuestra que la tutela por los daños causados por los animales sería exigua cuando se determinase por la presunta culpa *in vigilando*, y cómo, por otra parte, es justo que por el hecho de servirse de una cosa, los bienes y los males que de ella puedan venir deben ser en provecho ó detrimento de quien se vale de ella (1).

Otras consideraciones prueban aún mejor el concepto expuesto. La ley adopta en el texto de la disposición la palabra *custodia*, de manera que evidentemente indica que no puede este elemento restringir en lo más mínimo la extensión de la responsabilidad afirmada en razón del servicio: «el propietario de un animal, ó quien se sirva de él, durante el tiempo en que del mismo se sirva, está obligado por el daño ocasionado por él, tanto si se encuentra bajo su custodia como si se ha perdido ó está huído.» El primer extremo es que la presencia de los dos términos «quien de él se sirva» (en donde está comprendido ante todo el propietario, como ya se observó) y «custodia», indican que no se pueden confundir y que tienen un significado distinto; el segundo es que si la ley ha establecido la responsabilidad por el daño ocasionado por el animal á cargo de quien se sirve de él, bien se encuentre el animal bajo su custodia, ó bien se haya perdido ó huído, se contradice á la disposición tomando la «custodia» como su fundamento.

Se añade que la pérdida y la fuga del animal demuestran por sí mismas la negligencia en la custodia; pero esta es una suposición arbitraria, porque bien puede suceder que el hecho haya tenido lugar sin culpa del obligado á vigilar; y además, el argumento no vale para quien considera que no esté concedida ninguna prueba liberatoria á

en cuanto á no haber podido impedir el daño, en el Cód. civ. de Chile, art. 2.327; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.290; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.129.

(1) Así JACOTTET, ob. cit., p. 49.

excepción del «caso»; la pérdida ó la fuga acaecería no obstante la vigilancia del propietario, que deberá responder igualmente del daño; y entonces, ¿cómo conciliar esta resolución con el motivo de la ley afirmado en la presunción de culpa *in vigilando*?

Finalmente, si el legislador hubiera querido referirse á tal presunción, en lugar de las palabras «ó quien del mismo se sirva», habría dicho «ó quien tiene la custodia del mismo», sin que el hecho de la pérdida ó de la fuga ocasionase dificultad, porque el responsable que quisiese librarse permanecería con la carga de probar que no se derivaban aquellos hechos de comportamiento culposo suyo (presunción simple), ó que procedían de «caso» (presunción absoluta). Por el contrario, la ley pone la responsabilidad á cargo de «quien se sirve» del animal, y, además, prescindiendo de toda disquisición sobre el texto, el modo mismo de emplear la locución «*custodia*» declara que lo que se ha querido expresar con ella es la *materialidad* de la relación, la posibilidad de hecho de la vigilancia. La posición de derecho está en la locución «*quien del mismo se sirve*», y aun cuando, acogiendo la figura de la presunción *absoluta* de culpa, se quisiera referirla á la *custodia* (diligencia *in custodiendo*, según el significado técnico que tiene esta palabra en materia de culpa y de responsabilidad), estaría ya comprendida ó se expresaría mejor en la locución *quien del mismo se sirve*, derivando de ésta por el hecho mismo la obligación de *custodiar*, que es más que vigilar. Esto prueba una vez más que la concepción del *riesgo* y de la *garantía* es mucho más verdadera, y que bajo la apariencia de *responsabilidad* es la que está en la ley.

Ahora bien: si el responsable es «quien se sirve» del animal, importaría poco que éste se encuentre de hecho en su custodia personal ó de otro, porque sólo el primer elemento determina la responsabilidad. Las aplicaciones que se hacen más adelante lo probarán cumplidamente; aquí bastará indicar las inconsecuencias en que caen los docto-

res que enseñan la teoría contraria. Un caballo, confiado al cuidado del veterinario, da una coz al ayudante: ¿responderá el propietario? Se responde negativamente por faltar custodia y se afirma la responsabilidad del veterinario, considerando que se deben igualar quien tiene la custodia del animal con quien tiene su uso en aquel tiempo (1); y que como el hecho de conceder el uso del animal libra al propietario, lo libra también el hecho de dar el animal en custodia. El razonamiento no es bueno, porque la ley dice *uso*, y la disposición no puede extenderse á figura diversa, motivo de cuyo error es haber considerado irresponsable al propietario, porque el animal no se encontraba en su custodia. Pero ¿no tenía acaso su uso? ¿Faltaba este quizá por haberlo dado en custodia? Otros (2), mientras desechan la dicción referida, consideran que si no existe presunción legal de culpa contra el veterinario, se puede demostrar á su cargo culpa en la custodia. Sea; el veterinario responde de la culpa propia, y *quien se sirve del animal* puede, por tal motivo, obrar en repetición contra el mismo; pero si se enseña que las palabras «ó quien del mismo se sirve» valen tanto como «quien tiene la custodia» del mismo, ¿por qué la presunción legal no obrará en el caso en cuestión contra el que tiene la custodia?

La teoría acogida en el presente estudio se puede resumir diciendo que el que se sirve del animal debe responder

(1) SOURDAT, ob. cit., II, 1.435; Cas. fr., 3 Dic. 1872 (DALLOZ, *Pér.*, 1873, I, 337); Ap. París, 13 Enero 1892 (*id.*, 1892, 2, 200); pero la sentencia añade, y esto debilita mucho el valor de su decisión, que tener la custodia del animal es como tener momentáneamente su uso; Ap. Montpellier, 2 Febrero 1899, también esta sentencia afirma la responsabilidad pura en quien tiene la custodia del animal, *si se obtiene con ella un beneficio*; para la responsabilidad del posadero al cual se ha confiado la custodia del animal, v. Corte sup. de justicia de Luxemburgo, 15 Diciembre de 1899 (*id.*, 1901, 4, 20).

(2) V. los autores cit. en la n. ant. Cons. Ap. Florencia, 11 Diciembre 1900 (*Ann.*, 1900, 533); Ap. Bourges, 19 Nov. 1901 (*J. du P.*, 1901, 2, 6).

de los daños que éste cause durante el tiempo del servicio que preste, y que el hecho de confiar á otro la simple custodia sin conceder el uso, deja inalterable la regla, porque el animal serviría siempre á quien le dió en custodia y el que custodia obra como representante verdadero ó en general del titular del uso; únicamente en el caso de que la *simple custodia haga cesar también el uso de quien se servía primero del animal, determinará la responsabilidad á cargo del custodiante*; pero como sólo hace uso de él, la culpa se registrará por los principios generales y deberá demostrarse por el damnificado (1).

Algunas aplicaciones, hechas con toda brevedad, esclarecerán mejor la regla propuesta.

364. No exige aclaración la hipótesis del comisionado ó del criado que se valen del animal perteneciente al comitente ó patrono (ó á quien lo tenga en uso); podrá responder él de los daños causados por el animal, pero la responsabilidad suya toma figura distinta según las circunstancias de hecho, que, mediante los conceptos expuestos respecto de la representación, es fácil reducir y presentar claramente. O el criado se sirve del animal con consentimiento de su patrono y para asuntos relacionados con sus tareas, y entonces es siempre el patrono quien tiene el uso, porque en su interés se efectúa el servicio que el animal hace; y es el representado quien responde directamente por el uso hecho por medio de un representante (en general) (2). O el representante (doméstico; ó, más en general, comisionado) se sirve del mismo contra la voluntad del patrono, sí, pero para asuntos que se refieren á su cargo, y el patrono responderá también según las normas que rigen la responsabilidad del comitente por la culpa del comisionado, si surge la figura de la representación de otro hecho jurídico, como la gestión que en uso de urgente necesidad, incluso de

(1) LAURENT, ob. cit., XX, 627; HUC, ob. cit., VIII, 450.

(2) Trib. Supr. de Colonia, 21 Marzo 1899 (*J. du P.*, 1901, 4, 19).

orden público, determina su efecto aun contra la voluntad del gestionado; pues si, por el contrario, el criado se sirviese del mismo para negocios propios sin el consentimiento del patrono, faltaría la representación, y, por tanto, la responsabilidad caería de modo directo sobre el comisionado que usa el animal por cuenta propia (1). Con tal de que el criado no tuviese también el cargo de *custodiar* al animal (2).

Por consiguiente, si el propietario no se sirviese del animal, sino otros que lo hubieren obtenido en locación ó comodato ó en usufructo, pasando como pasa á estas personas el uso del animal, responderán ellas de los daños que pueda causar durante el tiempo por el cual se sirven del mismo. Cualquier cuestión que pueda surgir respecto al contrato de cría de ganados, se resuelve con los criterios ya expuestos al investigar si en esta figura de contrato existe relación alguna de representación (3).

364 bis. Otra cosa es ver si en relación á la persona á quien se ha comisionado el cuidado y custodia del animal, el propietario ó quien tenga el uso del mismo responde por medio de esta disposición especial que obliga á la *garantía*. Ciertamente está obligado, no por vía de culpa extracontractual (4), sino contractual, si dejó de dar á conocer al comisionado la naturaleza especial del animal que le confiara ó de otras cualidades ó vicios que el comisionado no podía y no estaba obligado á conocer; y esta negligencia es aún más grave si el comisionado no tenía función especial ó práctica de cuidar animales como el que se le confiara. Pero que sea obligado por vía de esta responsabilidad particular ordenada para el daño causado por los animales, no lo pare-

(1) Ap. Limoges, 27 Nov. 1868 (*J. du P.*, 1869, 219). Y cons. también Cas. Turín, 14 Julio 1900 (*Legge*, 1900, II, 547).

(2) V. el n. 377 al final.

(3) V. el cap. VI cit.

(4) Ap. Dijon, 21 Mayo 1894 (*DALL., Pér.*, 1895, 2, 48).

ce (1); ya la relación entre el comitente y el comisionado á fin de darle la custodia del animal, aunque sea momentánea, es contractual, y además es de observar que en el caso especial de comisionado que por la naturaleza de sus funciones (por ser su profesión ó por el modo de ejercerla con quien le confió el animal) deba tener conocimiento de los animales que se le confían, la responsabilidad del comitente puede venir á menos ó por medio del *pacto* de exclusión de su responsabilidad, que existe ya implícito en el hecho mismo de la comisión y que está permitido en materia de culpa contractual, salvo, se entiende, la responsabilidad del comitente si ha dejado de dar á conocer al comisionado la cualidad especial del animal, que debía y podía conocer y que el comisionado ni debía ni podía notar, aun observando la necesaria diligencia; pero la responsabilidad sería siempre contractual (2).

365. A dudas más graves puede dar lugar la aplicación de la regla al caso especial de depósito.

El depositario está obligado á la custodia de las cosas (3) que se le confían, y como le está prohibido servirse de ellas, cuando la custodia no impida *absolutamente* el uso al depositante, éste, teniendo derecho á recobrar la cosa

(1) LAROMBIÈRE, ob. cit., sobre el art. 1.385, n. 8; SOURDAT, ob. cit., II, 1.434, que enseñan no existir en la ley distinción ninguna entre los terceros damnificados, y las personas á que el propietario, ó quien se sirve del animal, diera el encargo de custodiarlo. Cas. fr., 2 Julio 1902 (*J. du P.*, 1902, 1, 418); Cas. belga, 1^o Octubre 1902 (*Pas. Belge*, 1902, 1, 350); Ap. Lieja, 6 Junio 1903 (*id.*, 1903, II, 342); Ap. Poitiers, 7 Dic. 1903 (*J. du P.*, 1904, 2, 99).

(2) Cons. SAINCTELETTE, ob. cit., p. 153 y sigts.; SAUZET, mon. cit., en *Rev. crit.* 1883, p. cit.; LABRÉ en *J. du P.*, 1885, 2, 33. V. Ap. Grenoble, 8 Agosto 1900 (*DALL., Pér.*, 1901, 2, 130).

(3) Cód. civ., art. 1.835; Cód. civ. fr., art. 1.915; Cód. austr., § 954; Cód. civ. alem., § 688; Cód. civ. español, art. 1.758; Cód. fed. suizo de las oblig., art. 475; Cód. civ. de Chile, art. 2.211; Cód. civ. del Uruguay, art. 2.200; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 2.182.