

cuando quiera (1), conserva su uso, que no ha pasado al depositario; por tanto, la responsabilidad dura siempre á su cargo. Así es que tiene el uso del animal para los efectos de esta responsabilidad especial, no sólo quien lo tenga en concreto, en acto, sino quien lo tiene en potencia, es decir, quien tiene la posibilidad jurídica de recobrar la efectividad concreta del uso mismo. La duda á que se ha aludido antes consiste en esto, á saber: que en la teoría enseñada á propósito de la representación (2), se ha dicho que no responde el depositante por el hecho ilícito cometido por el depositario á propósito de la custodia confiada; se podría discutir si la relación del depósito contractual entre el deponente y el depositario no determina respecto á terceros la figura de la comisión, de modo que el depositante asuma por ella el riesgo de la garantía por los hechos ilícitos de la persona que elija; pero de esta teoría, que se restringiría aquí por necesidad al depósito voluntario, se habló en su lugar y se observó que no podía acogerse. Ahora bien: la resolución aceptada, ¿no contradice á lo dicho respecto al «uso» que permanece en el depositante? No existe contradicción, porque el concepto de no darse representación en el depósito concuerda muy bien con el de «uso», reservado siempre al depositante por la «facultad del uso», que permanece en él íntegra, y es en el uso donde está el fundamento de la responsabilidad; tanto es así que, si el depositario se sirviese del animal que se le dió en depósito por consentimiento expreso ó presunto del depositante (3), respondería él del

(1) L. 1, §§ 22, 45, 46, D., *dep. v. c.* (XIV, 3); Cód. civ., art. 1.860; Cód. civ. fr., art. 1.944; Cód. civ. esp., art. 1.775; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 2.217; Cód. civ. de Chile, art. 2.226; Cód. civ. de Méjico, art. 2.174; Cód. civ. del Uruguay, art. 2.212. Conf. Cód. civ. alem., § 696; Cód. civ. austr., art. 962; Cód. fed. suizo de las oblig., art. 478.

(2) V. el cap. VI cit.

(3) Cód. civ., art. 1.846; Cód. fr., art. 1.930; Cód. fed. suizo de las oblig., art. 476; Cód. civ. de Chile, art. 2.220; Cód. civ. del Uru-

daño causado en el tiempo en que se sirvió del mismo. Por tanto, si la facultad de usarle se consiente desde el principio ó después del contrato de depósito y para un asunto determinado, el tiempo desde que comenzó el uso señalará el momento en que da principio la responsabilidad del depositario y cesa la del depositante. Todavía más: como la facultad del *uso* cesa en el caso de secuestro, se entiende la irresponsabilidad del secuestrante; será el que secuestra el responsable si se demostrare culpa directa suya á su cargo y si usa el animal confiado.

Igual resolución debe darse cuando el depositario se vale del animal depositado en su poder sin consentimiento expreso ó tácito del depositante; responderá él ante el damnificado del daño causado por el animal, y al mismo tiempo responderá por violación del contrato ante el depositante. El cual no responde de manera directa del daño causado por el animal, aun cuando sin su licencia el depositario se sirviese del mismo, porque el «uso», si bien jurídicamente ilícito, existirá en el depositario; y se podría aún añadir, para robustecer tal decisión, que entre el depositante y el depositario no existe ninguna relación de representación, como se advirtió.

366. La aplicación de la teoría hecha respecto al depositario encuentra nuevas dudas en el caso especial de depósito necesario, que existe en la relación entre caminante y posadero obligado á la custodia de los efectos que aquél haya llevado á la posada donde se aloja (1). El posadero

guay, art. 2.214. Según el Cód. civ. austr., art. 959; el Cód. civ. alem., § 700; el Cód. civ. esp., art. 1.768; el Cód. civ. de Méjico, art. 2.679; el Cód. civ. de Guatemala, art. 1.964, el contrato cambia la naturaleza; según el art. 2.209 del Cód. civ. de la Rep. Arg., cambia la naturaleza sólo si el depositario usa de la cosa sin consentimiento del deponente. Cons. L. 1, § 9, 34, D., *dep. v. c.* (XVI, 3). L. 9, § 9, L. 10, D., *de reb. cred.* (XII, 1). L. 77, D., *de furt.* (XLVII, 2).

(1) Cód. civ., art. 1.866. V. la parte I de esta monografía, nn. 76 y sigts.

¿responderá del daño causado por el animal que el caminante haya llevado consigo y custodiado en la cuadra ó en otra dependencia de la posada? ¿Deberá decirse, pues, que por este hecho la obligación de custodia que pesa sobre el posadero suprime, durante el tiempo que tal custodia dure, la responsabilidad del propietario y de quien tuviera el uso del animal? Ya se ha observado que no hay aquí una custodia que haga cesar el uso ó facultad de usar, que es lo mismo, con relación á esta responsabilidad particular; por tanto, será responsable el propietario ó quien se sirva del animal (1) (aun en el caso de que éste haya causado daño al animal de otro viajero), si bien el posadero esté directamente obligado cuando á su cargo se probara culpa. Otra cosa es ver si el propietario, ó quien se sirva del animal, tiene acción de repetición contra el posadero; no puede existir dificultad en admitirlo; pero alguno añade (2) que en el caso de daño causado por un caminante á animal ó cosa de otro viajero, se debe distinguir la culpa contractual de la aquiliana, y decidir que si por el contrato tiene el damnificado acción contra el posadero, se debe también admitir la repetición del posadero contra el propietario y quien se sirva del animal perjudicante, si el posadero demuestra haber puesto en práctica todas las precauciones que debía, ó bien un vicio del animal que se le dió en custodia.

Que la acción de repetición debe regularse según la relación contractual, es concepto exacto; pero la aplicación que la doctrina últimamente expuesta hace de él, marcha en continua confusión al determinar la extensión de la acción directa y de la acción de repetición. Ante todo, ¿cómo conceder esta última si el posadero demandado demuestra no haber incurrido en culpa en la custodia, ó

(1) La custodia, se ha dicho, no impide el uso, y no quita á la responsabilidad. Ap. Bourges, 19 Nov. 1900 (*J. du Pal.*, 1901, 2. 6); v. LAURENT, ob. y l. cit.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., III, 2.944.

(2) GIORGI, ob. cit., V, 393.

si su obligación para con el damnificado se ha fijado para el hecho de no demostrar en liberación suya caso fortuito ó fuerza mayor? (1). Ó el posadero prueba estas circunstancias, únicas válidas para librarlo en relación á quien obra directamente contra él por daño, y se libra, ó no, y entonces no tendrá acción alguna de repetición contra el propietario del animal perjudicante ó de quien del mismo se sirva, por no haberse excluido su culpa, siempre que no objete una culpa imputable al propietario del animal ó á quien del mismo se sirve, ó un vicio del animal que le fuera desconocido.

En el caso particular del daño ocasionado por el animal de un caminante al animal ó cosas de otro viajero, se observa la concurrencia de relaciones diversas, en una de las cuales domina la figura de la culpa aquiliana, y en otra la culpa contractual; el damnificado puede obrar contra el propietario ó contra quien se sirva del animal que causó el daño, porque, no obstante la custodia confiada al posadero, conservaba el uso; y por el contrato celebrado con el posadero, tendrá también acción contra él, obligado como está á la custodia de la cosa. En el primer caso, el propietario del animal perjudicante tendrá después acción de repetición contra el posadero; en el segundo, tendrá éste la acción de repetición contra aquél; pero observados en ambas hipótesis los términos de la culpa contractual, determinándose según el contrato las relaciones que para la acción de repetición se expresan (2).

367. Entre las personas que deben responder del daño que surja por los animales, conviene recordar al Estado que está obligado, según la doctrina común (3), á responder por los daños ocasionados por el ganado de los cuerpos militares. La decisión es justa; únicamente la motivación que

(1) V. *Culpa contract.* cit., l. cit.

(2) V. el presente cap., § 3.

(3) Cons. GABBA, mon. cit., en *Foro ital.*, 1881, 1, 932 y sigts.

por lo general se da para justificarla, muestra algunas inexactitudes respecto á la teoría sobre la responsabilidad de que se trata, y acusa el vicio de la construcción jurídica en la teoría que en materia de responsabilidad del Estado niega á los empleados la cualidad de comisionados, cuando el Estado obra como persona política, cual poder soberano. Se dice, en efecto, que los militares no son comisionados del Estado si se considera su cargo, y que lo son, por el contrario, respecto á la custodia de los animales de que se sirven, añadiéndose (1) por cuenta del Estado.

Argumentación y construcción defectuosas. Los animales entregados á los militares para el equipo necesario ó la existencia de ciertos cuerpos armados, ó porque son precisos para el servicio general, se destinan á la composición normal del Ejército, son medio indispensable para conseguir el fin para que está instituido éste. Ahora bien: si los animales sirven para la misión que el Ejército tiene, los militares, es preciso concluir, se deben valer de ellos para ponerla en acto; y si en relación á tal servicio no se deben considerar los militares como comisionados del Estado, ¿de qué manera se podrá decir que por cuenta suya se sirven de los animales que se les entrega? Al organizar un Cuerpo de Caballería, al suministrar á los Cuerpos el ganado necesario para el servicio, ¿el Estado no es comitente respecto á los militares individualmente, en cuanto concierne á la tutela del orden y á la defensa del territorio, y lo es, por el contrario, para la custodia de los caballos que á aquéllos confía? ¿No los da tal vez en relación al fin para que la milicia se constituye? ¿Se deberá pensar que jurídicamente existe entre el militar y el Estado un contrato especial para la «custodia» del animal que se le suministró?

Admitase sin reservas la teoría contradicha y se vendrá á otras consecuencias. Se afirma la responsabilidad por el daño causado por los animales como fundada sobre la cul-

(1) GIORGI. ob. cit., V. 390.

pa en la «custodia» por cuenta del Estado, obligado de este modo; pero la ley, se dice, no da esta razón á su ordenamiento, y pone la responsabilidad á cargo de quien se «sirve» del animal. Ahora bien: ó los animales sirven al Ejército para el fin mismo que es la razón de su existencia, y si este fin no entra, como la teoría enseña, en la «comisión» dada por el Estado, los militares, al servirse de ellos, se valdrían, *no representando* al Estado, no como sus comisionados, y deberían, pues, responder «*personalmente*» de los daños causados por el animal durante el tiempo en que del mismo se sirvieron; ó se sirven representando al Estado, y entonces el Estado responde del daño, no porque haya comisionado sólo á los militares la custodia de los animales, sino porque los militares usan de ellos para el fin que les comete el Estado. Esta última es la solución que parece más correcta, en armonía con la doctrina afirmada acerca de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad especial de que se trata (1).

Únicamente en una parte parece que se puede acoger la teoría contradicha; porque si la responsabilidad del Estado comitente se extiende tanto como la comisión, el daño que fuera de ella causase el animal de que el militar se sirve, determinaría la responsabilidad personal del comisionado; el daño estaría fuera del servicio en nombre é interés del Estado. Ciertamente es muy difícil que en la práctica esta circunstancia se diera; de ocurrir, puede afirmarse siempre la responsabilidad del Estado, puesto que el animal se da ante todo para el servicio debido del militar, al cual está también confiada su custodia; por tanto, donde falte la causa del servicio, entra la figura de la «custodia», para la cual el militar es también comisionado. Y, sin embargo, siempre el Estado está obligado, como comitente, aun siendo diversa la materia de la comisión. Pero no es necesario recurrir á esta construcción y basta la propuesta; quien se

(1) V. los nn. 362, 364.

sirve del animal es el Estado, y no importa si lo ha custodiado bien ó mal, ó si el que custodia ha cumplido bien ó mal su oficio; no es la custodia la razón de la responsabilidad, sino el *servicio*.

368. Inútil es añadir que el propietario, ó quien se sirve del animal, debe responder del daño aunque éste se haya causado á otro animal. El derecho común había acogido á este respecto una antigua distinción: si el animal perjudicado, irritando al que le causó el daño, se había hecho causa del hecho, no nacía la *a. de pauperie*, que podía instituirse si permaneciese perjudicado el animal no provocado (1). Algunos doctores, examinando la cuestión en el derecho moderno, acogen esta teoría (2), que puede seguirse, sí, pero deduciéndola de otro concepto distinto. No consideran que la ley romana imponía la «responsabilidad» directa de que se trata sobre el animal causa del daño; y por esto, queriendo adaptar al caso especial, que está fuera de toda responsabilidad verdadera, los términos de ésta, y por tanto la *culpa*, se apreciaban las causas que podían eliminarla; mientras que en el derecho moderno, el propietario ó quien se sirve del animal está obligado directamente por los daños que cause. Y combinando tal criterio con la distinción descrita, conviene decidir que el propietario ó quien se sirva del animal que causó el daño, podrá librarse demostrando que la causa del daño es en todo ó en parte del mismo animal perjudicado; la cuestión entra así en la teoría de los medios de exclusión ó limitación de la responsabilidad; y allí será oportunamente tratada.

369. Varios animales pertenecientes á diversas personas ó que sirven á varias de ellas, pueden en común causar daño, sea á una persona, á una cosa ó á otro animal. Concurriendo las condiciones de que resulte la unidad del hecho dañoso, habrá varias personas responsables por idé-

(1) L. 1, § 11, D., *si quadr. paup. f. dic.* (IX, 1).  
(2) SOURDAT, ob. cit., II, 1.168; GIORGI, ob. cit., V, 396.

tica causa; y, según se dirá en su lugar, quedarán todas solidariamente obligadas (1).

§ 2

A qué animales incumbe la responsabilidad.

SUMARIO: 370. Regla. No há lugar á distinguir entre animales mansos, amansados y fieros. Animales perdidos ó huídos.—371. Aplicaciones. Daño causado por un perro puesto para la guardia de la casa.—372. De las abejas.—373. Conejos tenidos en conejeras; palomas en los palomares. Caza existente en un bosque ó en un parque.—374. Del daño en relación con la indole del animal.

370. El precepto de la ley sobre la responsabilidad de que se trata no encuentra limitaciones, según la naturaleza especial del animal que causa el daño, sea éste manso, amansado ó fiero (2). Conviene observar que la ley moderna no hace ninguna distinción, á diferencia de lo que ocurría en el derecho común; pero no está fuera de lugar advertir que si éste distinguía acerca de la naturaleza y de la indole del animal en la aplicación de la *a. de pauperie* y en la confrontación con la *l. Aquilia*, en el edicto de los Ediles (3) la responsabilidad estaba igualmente indicada para los animales especificados, fuesen mansos, amansados ó fieros. Algunas legislaciones que dan á la responsabilidad de que se trata como razón de ser la culpa en la vigilancia y conceden por ello la prueba liberatoria de no haberse podido impedir el daño, consideran especialmente el caso del animal de indole feroz, inútil á la guarda de las personas ó al servicio de un fundo, y no consienten aquella prueba (4); decisión muy equitativa, cuando se admita el concepto de

(1) V. el cap. XVI.  
(2) V. los aut. cit., l. cit.  
(3) § 1, *l.*, t. cit.  
(4) Cód. civ. de Chile, art. 2.327; Cód. civ. del Uruguay, art. 1.290; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 1.129.

la presunción de culpa, porque el tener sin necesidad un animal feroz por su naturaleza debe comprometer muy estrechamente la responsabilidad de quien lo tiene. La razón de la ley patria se ha demostrado que es más amplia y justa, y que no distingue, porque siempre que se obtiene servicio (cualquiera pues que sea su naturaleza) del animal, se está obligado á los daños que ocasione. Este criterio es más correcto que no la simple custodia; en efecto, no se necesita para determinar la responsabilidad recurrir á pensar que está casi en culpa quien tiene un animal feroz por el hecho de tenerlo, ó que por tal hecho está ya obligado á una diligencia excepcionalísima; cualquiera que sea la naturaleza del animal, quien lo tiene responde del daño que cause, sólo porque lo tiene, y no porque lo custodie. La *custodia* es término indiferente para establecer la responsabilidad.

La mejor prueba está en lo siguiente (aparte de lo que se dirá más adelante acerca de los medios válidos para eliminar la responsabilidad): que, según la ley italiana, el concepto de «servicio» no está limitado por el hecho de la pérdida ó fuga del animal. La responsabilidad se extiende aun al daño que el animal cause aunque esté perdido ó huído, cuando no se haya demostrado que estos hechos acontecieron por caso fortuito (y del alcance de éste se ha hablado, y se hablará á continuación); no importa que durante la pérdida ó la fuga el responsable no se «sirva» del animal; quien se «servía» del animal no debía dejar que huyese ó se perdiese, y, si no lo ha hecho, es *daño* suyo. Dígase también *su culpa*, si se admite la teoría de la presunción *absoluta* de negligencia.

Esto está muy claro para el caso de los animales mansos; pero para los amansados y para los fieros parecería que la decisión no debe valer como absoluta. Decir que la ley no distingue, ¿será argumento válido para rechazar las limitaciones que parece se deben deducir de la ley misma? La propiedad respecto á los «fieros» se extingue cuando han

recuperado su natural libertad (1); si en tal estado han causado daño, ¿deberá responder el «antiguo» propietario? Otro tanto se podría advertir con los animales amansados que *ex consuetudine abire et redire solent*; si han tomado esta costumbre (2), ¿qué convendrá decidir? Que por sí, el hecho de la pérdida ó de la fuga no libra de responsabilidad, cualquiera que sea la naturaleza del animal, como se ha dicho; que, por tanto, los daños causados durante tal condición inducen la responsabilidad como justo y necesario corolario de la responsabilidad existente anteriormente, se ha dicho ya y se sobreentiende. La cuestión se reduce, pues, á conocer desde cuándo dura este segundo momento de la responsabilidad. Si la responsabilidad tiene origen en el «servicio», parece que durará mientras dura el servicio ó la posibilidad de derecho de reconstituirlo efectivamente; y si el «propietario» responde mejor que por tal cualidad, porque en el dominio existe la posibilidad más cierta y más valedera del servicio, con el término de la propiedad cesa el servicio y la posibilidad jurídica de reconstituirlo, si por otra razón de derecho no permanece el servicio en el antiguo titular del dominio. Hé aquí por qué el término de la propiedad influye sobre la duración de la responsabilidad. Pero ¿cuándo acaba tal relación respecto al animal perdido ó huído? La regla refiere este momento á la «recuperación de su natural libertad», y la ley ha determinado en qué momento tiene esto lugar en dos casos especiales: respecto á los enjambres de abejas, que cederán al primer ocupante si el propietario no los ha perseguido durante dos días ó ha cesado de hacerlo durante ese tiempo (3), y con relación á los animales amansados, que pertenecen (4) á quien los ha

(1) § 12, *I., de R. D.* (II, 1); AUBRY y RAU, ob. cit., § 173.

(2) § 15, *I., t. cit.*

(3) Cód. civ., art. 713; Cód. civ. austr., art. 384.

(4) Exceptuado el caso el art. 462; v. á continuación el n. 320.

tomado ó conservado si no se le reclaman dentro de veinte días (1).

La diversidad de la locución empleada en los dos casos, ¿significará respecto al segundo que, pudiendo reclamarse en los veinte días de la ocupación, no ha cesado en el intervalo el derecho del antiguo propietario? Este término ¿deberá correr desde el día en que tuvo lugar la pérdida ó la fuga, ó desde el día de la nueva ocupación?

La cuestión, según los conceptos expuestos, tiene importancia grande; si la propiedad se ha extinguido, no es preciso que el antiguo propietario, á fin de librarse, pruebe el caso fortuito que causó la fuga ó la pérdida del animal; si no lo está, no se podrá librar de otra suerte que practicando tal prueba. Algunos (2) piensan que el término corre desde el día de la fuga ó de la pérdida del animal; pero esto contrasta bastante con la letra de la ley, que en la hipótesis anterior de los enjambres de abejas emplea la voz *perseguir*, hecho que el propietario puede cumplir por sí, mientras que en la segunda hipótesis usa, por el contrario, la palabra *reclamación*, que no se puede entender sin el concurso de dos personas: una que lo ejercita, y otra contra la que se dirige. La historia de la disposición confirma esta opinión (3), si bien parezca más justo el criterio mantenido por otras legislaciones, que declaran perdida la propiedad después de un determinado tiempo desde el día de la fuga ó pérdida del animal (4), poniendo así término á toda incertidumbre sobre el dominio. Por esto, á diferencia de lo que sucede con el enjambre de abejas, la pérdida ó la fuga del animal amansado, aunque el propietario no se haya resuelto á perseguirlo, no hace por sí solo perder la propie-

(1) Cód. civ., art. cit.

(2) Ricci, ob. cit., V, 298.

(3) Cód. civ. albertino, art. 684.

(4) Cód. civ. austr., § 384; cons. RIELH, ob. cit., sobre el 384.

dad (1), y respecto á los demás animales no amansados, excepción hecha de las abejas (2), debe entenderse que el hecho de la fuga ó de la pérdida, sin que precise ulterior acto por parte del propietario, induce la extinción del dominio, *si la naturaleza de los mismos, en relación con las especiales circunstancias de lugar, consienten considerar que han recuperado su natural libertad*. Parece, por tanto, que los animales fieros recuperan por medio de la pérdida ó de la fuga su natural libertad si proceden de lugar donde puedan naturalmente vivir; de otro modo no existiría para ellos posibilidad natural de recobrar su propia libertad, y no cesan, respecto al titular, ni el dominio ni la responsabilidad (3). A esta resolución se puede llegar también por el concepto de la presunción absoluta de culpa con motivo de la diligencia excepcional necesaria para custodiar las fieras que alguno quiera tener consigo; la posibilidad de la fuga es ya inherente al hecho mismo de tenerlas, y la *culpa* linda perfectamente con el *riesgo*. Por tanto, parece mejor construir sobre este concepto y poner la *garantía* en el lugar de la responsabilidad propia.

370 bis. Cuyas consideraciones aseguran de la razón de esta responsabilidad especial, referida al servicio; sea el animal manso, amansado ó fiero, se deberá sólo averiguar, en caso de fuga ó pérdida, quién es quien en aquel momento se servía del animal, que perdido ó huído causó daño. Y no modifica la figura de la responsabilidad el hecho de que el propietario abandone el animal con intención de perder su dominio, de manera que el primer ocupante pueda ha-

(1) L. 5, § 5, D., *de adq. r. dom.* (XLI, 1); § 15, 16, *l.*, tit. cit. Cód. civ. de Chile, art. 608, 619; Cód. civ. de la Rep. Arg., art. 2.544.

(2) Así, cons. Cas. Roma, 31 Dic. 1903 (*Giur. it.*, 1904, 1, 190), que justamente declara la responsabilidad del propietario durante el término establecido para la persecución.

(3) Cons. Trib. Chambéry, 29 Marzo 1385 y 15 Enero 1886 (*J. du P.*, 1886, I, 587); Conf. Ap. Chambéry, 8 Junio 1886 (*J. du P.*, 1886, I, 988).