

rias durante el decurso procesal, la segunda se resuelve en sentido afirmativo. Entonces existe la *certeza* del daño, aun no siendo cierta su entidad; y si no se diera asignación provisional se cometería injusticia, pudiendo el retraso poner al perjudicado en graves estrecheces; por otra parte, así como el determinar definitivamente el daño y la reparación no es posible, y de hacerlo se cometería injusticia mayor, el Juez podrá y deberá imponer una prestación provisional á título de resarcimiento, reservándose resoluciones finales, absolutas. Pero para la validez de este acto se requiere el concurso de dos elementos:

a) Que comprobado el daño, esté explícita en la resolución de la asignación provisional (aun no siendo *expresa*) la reserva de la liquidación final. Si falta la reserva, queda definitiva la asignación hecha, á diferencia de lo que ocurre cuando se trata de renta, en cuyo caso, siempre que no haya habido expresa reserva, ésta parece contenida en la forma misma de la resolución, y las partes pueden demostrar el cambio de condiciones establecidas por la sentencia para la prestación; si ésta, por el contrario, consiste en un capital, la sentencia, si no ha hecho la reserva indicada, fija las relaciones de las partes de modo inmutable.

b) Que se declare cuándo la reserva podrá ser puesta en acto; cuyo término, 1) ó se indica *en general*, si se refiere á cuándo la entidad del daño se determinará completamente, en cuya hipótesis tanto el acreedor como el deudor tendrán interés en dar curso á la reserva en cuanto la condición se cumpla, 2) ó se determinará de modo absoluto, según el juicio de personas expertas. En esta última hipótesis, transcurrido el término, la liquidación se hace definitiva; en el otro lo será por medio de la prescripción ordinaria, computable desde el día en que la acción nació; á menos que se determinen otros hechos por los que se haga imposible toda liquidación definitiva, como ocurriría en el caso de daño á la persona, si éste ocurriese por causa del todo independiente de la lesión que determinó el resarcimiento.

433 bis. Inútil es añadir que la unión entre los dos modos de designación (capital ó renta) está en la facultad del Juez, el cual, de la naturaleza del acto y del peligro (que hay en el segundo modo) de colocarse al deudor durante el intervalo en la imposibilidad de satisfacer la obligación, ó que si le fué impuesta una carga excesiva no tenga después modo de satisfacer lo que falta, debería traer los argumentos necesarios á su provisión.

434. El Juez, al estimar el daño, no se deberá preocupar de la condición económica de las partes; así que si el perjudicante fuese rico y el damnificado pobre, esto no le permite determinar á beneficio del ofendido una cuantía de daños y perjuicios mayor de lo que efectivamente sea, y por ende un resarcimiento superior al debido; ni tal cuantía podrá, pues, ser menor cuando el damnificado fuese rico y el perjudicante pobre. La fortuna de las partes no debe ejercitar influencia alguna en el juicio sobre el daño y el resarcimiento, cuya estimación (aparte el caso de la *reparación* propiamente encaminada al *daño moral*) debe restablecerse según el criterio de la disminución del patrimonio, sin que puedan desnaturalizarla consideraciones extrañas.

La dificultad adquiere mayor importancia cuando se pregunta si ordenado que sea el pago de una renta temporal ó vitalicia, ésta se puede aumentar ó disminuir con el tiempo, determinándose un cambio de condición en quien deba pagarla ó en quien la recibe; y la respuesta negativa no consiente duda de ninguna clase, porque la renta contiene el resarcimiento del daño estimado al tiempo de cometerse. No importa considerar que la renta fijada pueda cambiar, según la enseñanza acogida, á medida de la nueva entidad que el daño puede tener; aquí el cambio depende por completo del *daño* y no de elementos extraños al mismo (1).

(1) La disposición del art. 144 del Cód. civ. tiene un fundamento del todo distinto, por lo que no es posible argumentar por analogía.

434 bis. Este argumento demuestra además que si, á causa de cambio acaecido en la entidad del daño, se debiera modificar también la cuantía de la renta ó del resarcimiento determinado con reserva, el tiempo á que debe referirse la razón de la estimación es siempre aquel en que se cometió el hecho ilícito. No importa que la mayor ó menor gravedad ocurra más tarde, porque el daño queda siempre en relación de efecto á causa con el hecho injurioso; si el Juez consiente al principio una indemnización mayor y después la disminuye, significa que el daño causado es menos grave de lo que parecía. El resarcimiento debe responder á la entidad verdadera del perjuicio.

435. Que el Juez no pueda establecer en la sentencia una condena especial á título conminatorio, ó sea, no como indemnización, sino como medida coercitiva para el cumplimiento de aquélla, es doctrina que en otro lugar (1) ha sido esclarecida; aquí, sin discutir más la cuestión, no queda más que confirmarla. La dificultad nace con gravedad especial en materia contractual, y puede surgir también en cuestión de relaciones no contractuales si, ordenada que fuera la restitución de la cosa, se obliga al condenado por cada día de retraso á pagar una determinada suma. Esta facultad excede por completo de los poderes confiados al Juez; misión de él es sentenciar, y sólo al legislador corresponde ordenar la forma de obtener la ejecución de las sentencias. Si al Juez se le diera tal autoridad, no existiría duda alguna de la legitimidad de su acto; pero la ley no se lo consiente.

Verdad es que si la suma de que se habla se ordenara á título de resarcimiento del daño por la mora, la dificultad no tendría consistencia. El retardo en la ejecución de la sentencia induce perjuicio, y el Juez puede estimarlo anticipadamente cuando concurren todos los elementos necesarios para poder determinar con ellos el resarcimiento. En

(1) V. en *Culpa contractual*, n. 270 y sigts.

este punto está la diferencia entera entre las dos hipótesis; si fuese de otro modo, cambiaría sólo la forma de la cuestión, y la esencia permanecería, por el contrario, idéntica; se diría que es cuestión de daño y de indemnización, aunque habría en realidad una fijación de suma á título conminatorio, y se llegaría á que, admitida la validez de esta segunda medida, no se podría llamarla definitiva, mientras que, por el contrario, con sólo cambiar los nombres y diciendo «á título de daños», el fallo lo sería. Podrá, pues, el Juez valuar desde el principio el daño posible por el retraso y tenerlo en cuenta en la sentencia que impone la obligación del resarcimiento; pero es necesario la certidumbre de que el daño resultará del incumplimiento y que se puede determinar su entidad; si faltasen estas condiciones, la valuación no tendría razón jurídica que la sostuviera, y la sentencia contendría en esta parte, aun hablando de «daños», una verdadera disposición conminatoria, relativa al incumplimiento de la obligación. Para que haya «daño» es necesaria la posibilidad de estimación material referida á la disminución del patrimonio, y el concepto no varía si la estimación se hace al mismo tiempo que la imposición de la obligación.

435 bis. Otra cosa es ver si los criterios expuestos respecto á la liquidación del daño se pueden seguir al establecer la «reparación» del daño puramente moral; si se piensa que aquí no tenemos la figura del resarcimiento, sino más bien una función compensadora ejercida así por vía de pena, cierto es que la medida de la indemnización no se determina por el criterio del *daño* verdadero, que es el patrimonial, sino por la entidad de la ofensa. Valuarla á los efectos de la reparación, es facultad del Juez.

De la liquidación convencional.

SUMARIO: 436. Puede ser de dos especies: anterior y posterior al hecho ilícito. El pacto antecedente en que se fija el resarcimiento por los daños que se pueden derivar de culpa aquiliana, es válido, á diferencia del pacto en que se establezca la no prestación de la culpa ó se modifique su grado. Teoría.—437. Caracteres comunes y diferencias entre la liquidación anterior y la posterior al daño. 437 bis. Continuación respecto á las pruebas. — 438. Si el pacto se refiere al *dolo* (delito), ¿valdrá para la culpa (cuasidelito)? Si concierne al cuasidelito, ¿valdrá para el delito? — 439. Si concierne á un grado dado de culpa. — 440. Si no se refiere á delito ó cuasidelito, sino sólo al hecho ilícito, ¿podrá el damnificado pedir que se aumente, objetando que el daño se causó con dolo? ¿Podrá el causante del daño pedir disminución objetando que sólo hubo culpa? — 441. Criterio general sobre la validez de la liquidación anterior; no debe implicar inmunidad de culpa ó graduación de la misma. — 442. De la confirmación (expresa ó tácita) posterior al acto. — 443. ¿*Quid* si el obligado se vale del acto como razón de inmunidad? — 444. Aplicación al seguro hecho por el patrono en beneficio del obrero. Cuestiones. Cláusulas de caducidad del derecho de obrar contra el patrono, en virtud del pago de la suma asegurada. ¿Debe el interesado escoger entre las dos acciones? ¿Se pueden entablar al mismo tiempo? — 445. Continuación. — 446. Continuación. Rechazada la acción de responsabilidad, ¿se puede pedir el pago de la suma asegurada? — 447. Conclusión. — 448-451. Liquidación posterior.

436. La liquidación *convencional*, que se determina por el acuerdo entre las partes interesadas, puede asumir varia entidad, según que se hace anterior ó posteriormente al hecho ilícito; y es modo especial de la liquidación *voluntaria*, que puede muy bien tener forma de hecho unilateral, especialmente si se hace por testamento, como reconocimiento de deuda; y podría, estando hecha como donación, asumir el contenido de hecho á la vez gratuito y oneroso.

En el caso de liquidación convencional, propiamente dicha, parece á alguno que es verdaderamente inconcebible

ble cómo las partes puedan hacer una liquidación anterior en materia de culpa aquiliana, á diferencia de lo que ocurre con la cláusula penal en la culpa contractual (1); y sin embargo, no sólo tal modo de liquidación es concebible y legítimo, sino que da lugar á cuestiones de grave interés, especialmente al aplicar la teoría al seguro hecho por el patrono á beneficio de sus obreros, acumulativa ó individualmente.

Las primeras dificultades con que choca la correcta posición de los conceptos son tres: ¿puede efectuarse una liquidación anterior al hecho injurioso y en previsión del daño ó peligro que una vez efectuada ocasione? ¿Cuál será su valor, si es válida? ¿Qué conceptos jurídicos expresarán su carácter?

A la primera cuestión se puede fácilmente responder afirmando: nada impide que en el peligro de daño como consecuencia de un acto realizado por alguno, el amenazado por el mismo regule por anticipado la reparación. La ley misma da el ejemplo cuando, regulando la cuestión del daño temido, da á quien tiene motivo razonable de temerle la facultad de precaverse, pidiendo al Juez que ó se procure evitar el peligro ó se preste caución del daño posible (2). Aquí no hay, es verdad, una liquidación, en su sentido propio, anterior al daño ocurrido; pero si, prescindiendo de la intervención de la autoridad judicial, las partes se quisieran entender y establecer desde el principio la indemnización para el caso de la «realización del daño temido», estamos precisamente en la hipótesis de liquidación hecha con anterioridad al perjuicio que se tiene en consideración.

¿Será válido este modo de proceder? Aun aquí la afirmación no corre peligro de objeciones graves. El hecho tiene por objeto la liquidación, y no regla alguna acerca del

(1) GIORGI, ob. cit., V, 232.

(2) Cód. civ., art. 699.

grado de la culpa que restrinja la responsabilidad, y los motivos que rigen para declarar no válida una convención constituida á tal fin, no valen contra la que sólo induce liquidación. Lejos de debilitar la sanción contra la injuria tal como está en la ley, los interesados, en previsión de la posibilidad del daño, se ponen de acuerdo para liquidar las consecuencias pecuniarias del mismo, y derivando éstas de la responsabilidad, las partes, al regularla, se refieren á la misma enteramente. En sustancia, el pacto en cuestión tiene objeto y fin distinto del de la inmunidad por injuria no contractual, y si éste es contrario á la ley, que por motivos de orden público ha fijado el grado de culpa que determina responsabilidad, aquél no toca para nada á tal grado, y sólo regula las consecuencias económicas de la culpa cuando se realice y cause el daño á que se refiere el resarcimiento convenido. Esta diferencia es razón de la limitación que debe conducirse sobre el principio propuesto; y es que, teniendo la liquidación convenida entre los interesados, sea anterior ó posterior al hecho ilícito que cause el daño, su propio fundamento en el acuerdo de voluntades, estamos en materia contractual; se está frente á un *convenio*, y las reglas establecidas en materia de culpa contractual declaran cómo se deben tratar las consecuencias del incumplimiento.

437. Las proposiciones expuestas consienten determinar: *a)* los caracteres comunes; *b)* las diferencias que se dan entre las dos formas de liquidación, según que sea anterior ó posterior al daño.

*a)* La una y la otra constituyen un convenio, y, por tanto, podrán ser impugnadas sólo por los vicios que en general atacan la validez de los contratos (aparte las restricciones especiales que se refieren á algunos de ellos á causa de su particular entidad y fin, como ocurre con la transacción); y el ser el daño de mayor ó menor gravedad que el presunto, no puede consentir aumento ó disminución de la indemnización convenida, á menos que la causa que el mismo

tenga en efecto, no sea distinta de la que pensaron las partes, para las cuales el contrato es ley. Se dirá más adelante si el pacto puede comprender el caso fortuito, y se señalarán sus efectos respecto al derecho del damnificado á la prestación estipulada.

*b)* La diferencia entre las dos figuras de liquidación, deducida del *diverso* tiempo en que cada una de ellas se constituye, conduce á determinar, respecto á la que se hizo anteriormente al daño, otros caracteres especiales. Esta tiene causa en la existencia de responsabilidad, por lo cual la prueba del hecho de donde se deriva el daño no bastará sin más para que la indemnización convenida sea exigible, sino que habrá que demostrar la injuria y la culpa; y la liquidación precedente no puede inducir ninguna presunción legal de culpa á cargo del autor del hecho ilícito, ni tampoco el Juez puede obtener de ella una presunción, aunque fuere simple. Las partes han querido regular sólo la indemnización, si bien sea cierto que, siendo necesarios los demás elementos de hecho, se puede inferir que el obligado quiso asumir también las consecuencias del caso fortuito, pues es pacto enteramente lícito (1).

437 bis. Pero cuando manifiestamente no se hubiera querido esto, no se deberá probar que la injuria *debía* producir daño; el hecho de haber fijado la liquidación anterior al hecho injurioso considera ya éste como *dañoso*, y el pacto asume, por tanto, la figura que en la culpa contractual tiene la pena convencional.

438. El carácter de «convención» que corresponde á la liquidación de que se trata, da origen á algunas cuestiones que se refieren de modo especial á la hecha con anterioridad al daño, y el concepto que rige el valor de los contratos (2), á saber: que son ley entre las partes, es suficiente á resolverlas. Si en el convenio se ha previsto sólo la hipótesis

(1) V. el cap. XVIII.

(2) Cód. civ., art. 1.123.

de daño causado con dolo (delito), ¿valdrá también para el caso de que se haya derivado efectivamente sólo de *culpa*? Y si, por el contrario, figurara esta última hipótesis, ¿podrá el pacto valer cuando se realice, por el contrario, la primera? Se podría decir que, en cuestión de liquidación y de resarcimiento por injuria aquiliana, la ley no tiene diferencia entre delito ó cuasidelito, porque en esto no es el estado de ánimo del agente lo que considera, sino más bien la *injuria* que existe en su totalidad, ya derive de dolo ó bien de culpa; pero conviene no olvidar que estamos en materia de contrato en que toda duda debe resolverse según la *voluntad* manifestada por las partes. Ahora bien: si la interpretación comprueba que, si bien se refiere expresamente á delito ó á cuasidelito, la voluntad se referirá á ambos casos, el Juez deberá observarla; si, por el contrario, la voluntad contuviera *solamente* la hipótesis del «dolo», no se podrá extender al «cuasidelito» por vía del argumento de que en lo más está comprendido lo menos, por haber demostrado las partes que querían establecer una diferencia sobre la entidad de los dos casos.

Pero dada esta liquidación especial y realizada la hipótesis prevista, ¿será válida? Es menester conciliar aquí el concepto puesto como fundamento de la liquidación anterior con el concerniente al carácter de orden público que existe en las medidas de la ley en materia de culpa aquiliana, donde, por vía de la entidad de la injuria, no existe diferencia ninguna entre delito y cuasidelito en cuanto concierne á la liquidación del daño; así que toda distinción que con anterioridad las partes estatuyeran sobre ello, no podría obtener favor cerca del Juez. Pero en el caso discutido la objeción no existe, porque no hay cuestión de hecho por la que se pueda decir que, bajo la forma de liquidación del daño, se ha querido regular responsabilidad no contractual, en modo y grado distinto del impuesto por precepto legal; es cuestión únicamente de liquidación en previsión de una de las razones subjetivas de la responsabilidad; esto

es, ó sólo el dolo, ó sólo la culpa; por lo cual, previsto uno solo de estos términos, si se realiza el no pensado y querido por las partes, se deberá resolver por liquidación judicial.

439. La misma solución se debe escoger cuando la liquidación haya querido sólo referirse á un grado determinado de culpa. O en el asunto se distinguieron los diversos grados de culpa, atribuyendo á cada uno importancia distinta respecto á la extensión de la indemnización, y hay una convención contraria á la ley, que, por lo general, atribuye á la culpa el mismo efecto, cualquiera que sea su grado, siempre que, además, *en tal graduación y en la fijación de la indemnización correspondiente se vea la voluntad de reducir la regla general sobre la responsabilidad en que se incurre por cualquiera que sea el grado de culpa*. Y si bien al *fijar la indemnización respecto al grado de la culpa, no existía voluntad de eliminar, sino de observar la ley de la responsabilidad*, aun tal voluntad no válida existe en que con *acto anterior* se ha regulado el efecto de la culpa en otra forma que la ordenada por la ley. El Juez que estimase en la liquidación el grado de la culpa á fin de deducir un agravio menor en sus efectos, ofendería á la ley, que no le consiente tal poder; y las partes no pueden por vía del convenio anteriormente hecho introducir de modo válido una excepción que la ley únicamente puede sentar. Si, por el contrario, se hubiese tenido en cuenta un solo grado de culpa, por ejemplo, la leve ó la levísima, entonces sólo en el caso de que ella hubiera dado causa al daño, podrá valer la liquidación convenida, porque ninguna proporción se señala respecto á los demás grados. El haber considerado un grado especial de culpa, deja libre á los otros la liquidación judicial.

No vale observar, tanto respecto á la cuestión discutida como á la anterior, que es inútil investigar la condición subjetiva del agente, y más aún el grado especial de culpa, porque idénticos son siempre los efectos de la injuria cometida. Pero quien obra en razón de la liquidación convenida deberá demostrar el concurso de todos los términos

necesarios para que se cumpla; y si no se obra invocándola por considerarse los elementos que la constituyen distintos de los que habría en el caso especial, el que se defiende podrá demostrar lo contrario, y demandar que se reconozca al convenio su valor jurídico.

440. El tipo de la liquidación convenida con anterioridad al hecho ilícito que se haya sólo previsto como posible, le daría el que se refiere, no al delito ó cuasidelito ó á un grado especial de culpa, sino más bien al hecho ilícito en general; no habiendo ninguna diferencia respecto á la causa del daño, es siempre igual la indemnización consentida. Si el perjuicio se derivase de cuasidelito, no podría el obligado excepcionar el exceso de la suma estipulada; ni tampoco podría hacerlo si la culpa hubiera sido sólo levísima; como el perjudicado no podrá pedir aumento cuando el daño se hubiese dado con dolo ó culpa grave; la voluntad de las partes no ha distinguido, no ha graduado (ni, según el principio, podría hacerlo), así que la suma convenida se debe siempre, cualquiera que sea el elemento subjetivo que constituya el hecho ilícito. Esto por lo general; la liquidación puede anularse cuando ocurra la excepción de que se hablará en seguida (1), y al desaparecer la convención queda entera libertad al Juez en la fijación de la indemnización; entonces el aumento ó disminución de la suma establecida puede tener lugar, no porque pueda variar al arbitrio del Magistrado, sino porque ha venido á menos el acto en que se contenía.

441. La limitación especial á que está sujeta la liquidación hecha anteriormente á la injuria, procede del concepto mismo que la determina y le da fundamento. Si tal convención es legítima cuando no contenga exención de culpa ó ninguna graduación de la misma, es cierto que si el Juez encontrase estos dos elementos ó uno de ellos, el hecho sería contrario al orden público y le faltaría validez.

(1) V. la n. sigte.

El Magistrado podrá formar su convicción sobre las palabras, sobre las cláusulas del acto que induzcan expresamente liberación de culpa ó de algún grado de la misma y aun sobre la entidad misma del resarcimiento; si la suma fijada por el daño temido ó por el peligro del accidente que amenaza á las personas, fuese insignificante respecto á la gravedad ó á la amenaza del accidente considerado en sus términos objetivos, el Juez podría presumir justamente que con una indemnización irrisoria, se quiso contravenir las leyes y pactar una verdadera inmunidad.

Pero fuera de esta limitación, no se sabría reprobar una declaración de invalidez que se motivara en general sobre la disposición que declara ilegítimos los pactos contrarios á la moral y al orden público (1); el carácter de la convención que examinamos nada contiene de semejante, considerándola en su generalidad. Dejando al Juez el cuidado de ver si el pacto excede del límite advertido, se da la presunción mayor para la recta observancia de la ley; no importa que se objete que cuando el hecho ilícito sea dolo se debe siempre reformar el pacto que establece una indemnización menor del daño debido, porque las partes convinieron libremente sobre un caso que podía ser objeto de válida contratación. ¿Por qué no respetar el pacto? ¿Sobre qué principio se puede fundar la decisión que, aun conservándole, aumentase la suma prevista hasta la concurrencia del daño realmente sufrido?

Se comprende que uno de los elementos por los cuales el Juez puede convencerse de contener el contrato una cláusula de inmunidad, entendida como tal por la parte á cuyo cargo se convino la liquidación, procede del *ánimo* con el cual se cometió la injuria. Porque si, consentida la liquidación, el obligado al pago de la indemnización para caso de ocurrir el hecho ilícito tratara con toda diligencia de alejarlo; si atendida la desproporción entre la indemni-

(1) Cód. civ. (disposiciones preliminares), art. 12.