

ley concede al perjudicado para obtener la suma que representa la capitalización de las primas pagadas (1); pero tal vez sería más correcto argumentar directamente con el criterio expuesto por nosotros, á saber: la validez de la cláusula en cuanto no contenga un pacto de inmunidad de culpa. El damnificado, al entablar la acción de responsabilidad, puede demostrar hechos por los cuales el Juez pueda inducir, ó que se quiso velar el pacto con la cláusula de que se trata, ó que el patrono obró como si ésta debiera producir como su efecto legítimo; en el primer caso, la cláusula sería nula; en el otro, su validez no podría determinar la irresponsabilidad por actos que no se deban comprender sin que la esencia quede viciada. Ahora bien: si éste es el fin de la acción intentada por el perjudicado, claro es que constituye á su favor un derecho que no le es dado renunciar válidamente; y aunque el éxito de la causa fuese favorable al patrono, desaparecerá toda sombra de duda acerca de la validez del pacto.

447. De la solución propuesta á las dificultades examinadas, no se puede inferir el derecho en el perjudicado para poderse valer á la vez de los *efectos* de la acción de responsabilidad y de la del pago de la indemnización; podrá, sí, utilizarlas al mismo tiempo, pero no exigir al capital asegurado, y obtener además, declarada la responsabilidad del patrono, la suma *entera* correspondiente al daño efectivamente sufrido (2).

Entre los dos significados de la solución enunciada, la diferencia es grave. El primero no puede estar en el contenido de la cláusula, porque, como se advirtió, el ejercicio de la acción de responsabilidad es derecho que no se puede renunciar válidamente; y como tiende á desterrar la eficacia jurídica del pacto, las dos acciones no tienen nada de incompatible. La suma asegurada se debe siempre; la cues-

(1) Cas. fr., 1.º Julio 1885, cit.

(2) Cons. SAUZET, mon. cit.

tion puede recaer únicamente acerca de la validez de la cláusula, y, por tanto, siempre hay derecho á que se declare ó no la responsabilidad del patrono por la suma estipulada; lo que sucederá es que la cláusula, una vez declarada la responsabilidad, perderá toda eficacia limitativa respectó á la suma fijada.

El segundo significado entra, por el contrario, en el contenido del pacto. El seguro, en efecto, no puede tener carácter de resarcimiento del daño sufrido, y si bien el concepto y el proceso de la capitalización intervienen á constituirlo, no se puede negar que, encaminado como va al fin de aminorar las consecuencias del accidente, tiene, en la intención de las partes, el valor de contrato de indemnización, de reparación del perjuicio sufrido. Ahora bien: si declarada la responsabilidad del patrono, fuera lícito al damnificado exigir por tal título *toda* la suma del resarcimiento del daño padecido, la indemnización perdería su carácter de reparadora para convertirse, por el contrario, en fuente de ganancia para el damnificado; y esto sería contrario á la razón misma de la institución (1).

(1) Es posible, pues, la acumulación de las dos acciones que nacen de las dos relaciones, siempre que con ellas no se exceda de los límites del daño sufrido efectivamente, y, por tanto, del resarcimiento integral debido. V. Ap. Limoges, 10 Mayo 1897 (*J. du P.*, 1898, 2, 264); Trib. del Sena, 20 Marzo 1900 (*id.*, 1900, 2, 116); y cons. TARBOURIECH, *D. assurances contr. l. accidents du travail*, París, 1889, n. 206, 295. La cuestión ha surgido también en la interpretación del art. 18 de la l. 17 Marzo 1898 (art. 20, texto único, 31 Enero 1904 cit.), dudándose si el obrero ferroviario, á quien, á causa del accidente, se dió pensión, según el Estatuto de la Caja en que estaba inscrito, tenía también derecho á la indemnización del accidente según la ley especial; la resolución que prevaleció fué la de su derecho á percibir la *mayor* suma; Cas. Roma, 10 Enero 1903 (*Foro it.*, 1903, 1, 129); Cas. Turin, 1.º Dic. 1903 (*Giurispr. tor.*, 1904, 81). Lo que corresponde al concepto expresado en el texto y aquí esclarecido; la acumulación no debe exceder en sus efectos del daño real, y, en la materia especial de accidentes, la decisión referida se justifica (además de la interpretación de la ley sobre los de-

Por lo cual, del principio general según el cual la indemnización no puede ser motivo de lucro, se deriva la obligación en el ofendido de demandar el capital de la póliza por la suma que, declarada la responsabilidad del patrono, se determine como equivalente del daño efectivo. Se objetará: ¿acaso á esta «capitalización» no concurre también el premio pagado por el obrero (damnificado) por vía de retención hecha por el patrono sobre su salario? Entonces, ¿por qué calcular la suma asegurada para deducirla de la mayor que debe pagarse por el patrono declarado responsable? A esto responde la naturaleza misma del pacto; el patrono, sirviéndose de la retención, debe procurar la suma capital estipulada para cuando ocurra el daño temido; por donde el concurso del damnificado al pago del premio nada quita al carácter de «indemnizador» que tiene el contrato así formado.

448. Lo dicho acerca de la liquidación pactada con anterioridad al hecho dañoso á que se refiere, da amplia demostración del concepto general propuesto que afirma la validez del pacto en cuanto no implique liberación de responsabilidad ó graduación de culpa. Ahora se debe advertir otra diferencia que se da entre esta liquidación y la hecha con posterioridad á la injuria: esta última, como no hay ninguna razón de orden público, puede determinar una indemnización menor del daño sufrido efectivamente, en consideración precisamente del grado ligero ó levisimo de culpa. Por regla general, se entiende: porque la ley que informe sus preceptos en el concepto del «riesgo profesional», ó que sin él determine la previa liquidación de la indemnización para el caso de que se realice el peligro especial previsto, puede, como particularmente se advirtió en los preceptos acerca de los accidentes del trabajo, disponer que todo pacto que disminuya la indemnización, aun siendo

rechos en cuestión), considerando que al atribuir la *mayor* suma, se considera que ésta corresponde mejor al daño liquidado.

posterior al acontecimiento, sea considerado no válido. Precepto de razón social, según la misma ley, la cual sin esto peligraría ser del todo ineficaz.

449. La liquidación de la indemnización hecha con anterioridad, ¿puede incluir respecto al obligado la asunción del caso fortuito? ¿Cuál será el efecto de esta cláusula?

No existe razón ninguna para dudar de la respuesta afirmativa á la cuestión propuesta; lejos de estipular un pacto de no responsabilidad ú otro que induzca violación de los conceptos fundamentales acogidos por la ley en materia de delito ó cuasidelito, quien en razón de culpa deba responder, se impone un vínculo mayor, prometiendo al perjudicado el resarcimiento aun por daño acaecido por consecuencia de caso fortuito. El pacto de asunción del riesgo es jurídicamente lícito y válido; y si no se hizo mención de ello en la determinación del grado de la culpa, como diciendo que la voluntad de las partes, si bien no puede disminuir la responsabilidad, puede sin embargo aumentarla, fué por la consideración de que quien asume el caso fortuito no va contra un grado mayor de responsabilidad, por no darse en la obligación resultado de hecho culposo imputable. En el caso de que se trata habría sólo una excepción á la eficacia liberatoria del caso fortuito.

Cierto que tal obligación no puede presumirse que esté siempre contenida en la liquidación hecha antes del acontecimiento dañoso; asumir una obligación que deriva de la renuncia á invocar un medio liberatorio de responsabilidad, es un agravio que no se puede presumir. Antes bien, es necesario que conste tal renuncia de un modo indudable, si bien, como enseñanza general acerca del modo de expresar el consentimiento, puede el Juez inferir del conjunto del acto la existencia del mismo, sin necesidad de declaración expresa.

Los efectos de esta cláusula se pueden describir en consideración á las tres figuras siguientes:

a) La cláusula contiene únicamente la asunción del

caso fortuito, determinando la indemnización, y el damnificado es libre de promover acción para declarar la responsabilidad, demostrando la culpa del perjudicante, y si el pleito tiene para él éxito favorable, la liquidación pactada no tendrá eficacia, por derivar la obligación de otra causa que no es la prevista ni regulada; si, por el contrario, el éxito es adverso, la suma queda debida, demostrándose mejor por tal manera la existencia del caso fortuito; y la cláusula contraria á esto no tendría valor de caducidad, por los motivos ya expuestos al hablar del seguro colectivo por el patrono á favor de un operario.

Respecto á esta asunción del caso fortuito, bueno es advertir desde ahora lo que se dirá más adelante, á saber: que el caso fortuito se confunde por lo general con la fuerza mayor; pero cuantas veces, expresamente ó por inducción de la voluntad válidamente manifestada, resultase que los dos términos se quisieron distinguir, la asunción limitada del *caso fortuito* excluye la de la fuerza mayor; de otro modo se tendría respecto al obligado un agravio no querido y que no se puede presumir si no concurren á ello medios válidos.

b) La liquidación se refiere tanto á la hipótesis del caso fortuito como á la de culpa, fijando para ambas la misma indemnización; ahora bien: partiendo del concepto según el cual la asunción del caso fortuito y la indemnización á que se refiere forman un negocio enteramente distinto de la *responsabilidad* propiamente dicha, los efectos se pueden reducir á los siguientes: 1.º, la liquidación puede venir á menos sólo respecto á la culpa, si se demuestra que el pacto incluía inválidamente la liberación de responder del mismo, mientras que, respecto al *caso fortuito*, no puede cambiarse en modo alguno, porque la obligación de dar indemnización aun para el caso de daño acaecido por caso fortuito es eficaz y se mantiene en los términos en que se constituyó; 2.º, se puede intentar acción para declarar la responsabilidad, y si se rechaza queda siempre á salvo el de-

recho á la suma establecida por la asunción del caso fortuito, que, como se dijo, se pone así mejor en evidencia; la cláusula contraria que limitase injustamente el derecho de recurrir al Magistrado, no podría tener efecto; 3.º, obtenido ó pedido en juicio el pago de la suma fijada respecto á la asunción del caso fortuito, la razón expuesta demuestra el derecho del damnificado á promover acción para que se declare la responsabilidad; pero si ésta tiene éxito favorable, se deberá deducir de la suma que se fijará á título de resarcimiento la ya pagada por la asunción del caso fortuito.

c) La liquidación hecha respecto al caso fortuito difiere de la hecha en previsión sólo de culpa; el pacto es válido, porque si atender por anticipado á graduar la culpa sería contrario á los principios de orden público que rigen la responsabilidad, la gradación separando la culpa del caso fortuito no lo es; la asunción del caso no es pacto que por lo regular derive con certeza de la ley, sino más bien del acuerdo de los interesados, y, por tanto, su voluntad es ley á tal efecto.

450. Las consecuencias de asumir el caso fortuito por medio de liquidación pactada anteriormente al daño previsto como posible, no se separan con relación á la prueba de las normas generales. El damnificado que promueve acción en razón de la pretendida responsabilidad, debe (como se advirtió antes) demostrar la injuria subjetiva del autor del daño; pero si pide el pago de la fijada para el caso fortuito, no está obligado á prueba ninguna, salvo la del daño acaecido en las circunstancias de tiempo y lugar pactadas; el obligado podrá rechazar la acción, demostrando que el daño ha dependido de culpa del mismo damnificado, ó, cuando menos, de culpa del mismo y de caso fortuito, é instar de este modo la liberación total de la obligación ó la reducción de la suma convenida (1).

451. De la liquidación posterior al hecho dañoso y de

(1) Sobre esta materia véanse los caps. XVIII y XIX.

las diferencias que la separan de la estipulada con anterioridad, se ha hablado ya (1). La una y la otra, como convenciones que son, necesitan el concurso de todos los elementos requeridos para la existencia y validez de los contratos; pero todas las limitaciones aplicables á la liquidación anterior á causa de su naturaleza *especial*, no se aplican á la convenida posteriormente.

§ 4.

De la liquidación convencional hecha indirectamente.

SUMARIO: 452. Cuándo tiene lugar.

452. La liquidación convencional *indirecta* se liga con la cesión que el damnificado hace de su crédito por resarcimiento, convertido en derecho litigioso (2). Como en tal caso el deudor cedido (responsable) puede librarse de la demanda del cesionario mostrando el precio de la cesión, se podrá considerar hasta como liquidación del daño hecho indirectamente por no haberse hecho en relación con el responsable.

§ 4 bis.

De la liquidación hecha aparentemente bajo forma de pena.

SUMARIO: 452 bis. En qué consiste.

452 bis. Sucede á veces que las leyes y los reglamentos especiales acerca de servicios públicos ó de uso de cosas públicas, imponen al concesionario y á los usuarios «*penalidades*» para el caso de inobservancia en la ejecución de los deberes ó de las precauciones que regulan el uso de los vínculos impuestos; aparentemente, el hecho asumiría figura de *contravención* (y así también la ley lo denomina por lo general), y la suma debida la de multa, como pena.

(1) V. el n. 437 y sigte.

(2) Cód. civ., art. 1.546.

Pero claro es que en los casos designados, el hecho de *contravenir* á una obligación impuesta por la condición en que el responsable se encuentra, no es verdadera contravención, y la *pena* es tal únicamente en apariencia; siendo, en una palabra, *pena convencional*, multa civil, establecida por lo *no hecho* en sí, sin necesidad de probar daño alguno (1).

(1) Sobre el carácter de las multas por los retrasos de los trenes según el reglamento 31 Octubre 1873, la Cas. de Roma (penal) decidió que tenían carácter esencialmente penal (10 Mayo 1900, en *Giur. it.*, 1900, II, 232); otra sent. de la misma fecha (*Giur. it.*, 1900, II, 275) considera la ley 22 Dic. 1899 sobre los retrasos de trenes, puramente interpretativa, y siendo, por la ley de 27 Dic. 1896, artículo 147, aplicable á los tranvías el regl. 31 Oct. 1873, declara que los retrasos en el servicio de tranvías no son violaciones contractuales, sino penales. La ley cit. de 21 Dic. 1899 ha resuelto ya la cuestión sobre este punto. Sobre la cuestión en general, cons. HUGUENEY, ob. cit., p. 191 y sigts., y especialmente, p. 202-219