

tecto ó el contratista (1), ó contra el propietario anterior, según se observó oportunamente.

La obligación es en estos casos contractual, y la culpa, como se dijo, se determina por el grado de diligencia que debía tenerse en el cumplimiento del contrato ó en la formación de él (*c. in contrahendo*); pero el demandado puede demostrar, con la acción de repetición, ó para librarse de responsabilidad, ó para reducir la entidad del resarcimiento, la culpa del actor ó la culpa común.

(1) V. el cap. XIII.

CAPÍTULO XVI

De las garantías para precaver el resarcimiento.

GENERALIDADES

SUMARIO: 475. Razón del presente capítulo. Distinción general que puede hacerse respecto de la garantía. — 476. Del arresto personal.

475. Con algunas excepciones, las reglas generales que rigen la doctrina de la garantía en lo que atañe á las obligaciones, pueden servir en este aspecto especial de lo debido por indemnización; pero parece oportuno detenerse, aun siendo brevisísimamente, tanto para señalar una institución que constituiría un modo particular de asegurar las prestaciones de que tratamos, como para observar de qué manera las modalidades comunes de garantía ó fianza se deben enlazar á lo dicho acerca de la liquidación del daño.

Es sabido que estas garantías se consideran desde el punto de vista de la causa donde tienen origen, según que hayan tenido existencia antes del hecho ilícito ó después; en ambos casos se pueden distinguir dos clases de garantías, á las que puede denominarse *convencionales* y *judiciales*. La característica de cada una de las dos especies está en esto: en que en las anteriores al hecho (convencionales) se tiene presente, mejor que el daño ocurrido, el peligro de él, y la persona en favor de la que se concedió la garantía tendrá derecho á valerse de ella sólo cuando dicho derecho esté asegurado respecto á la responsabilidad del agente y de la indemnización. Existen, pues, para cuando se cumplen las condiciones del hecho ilícito (delito ó cuasidelito). En las otras garantías, las *judiciales*, por el contrario, se tiene pre-

sente el daño ocurrido. Y en cuanto al significado de las locuciones adoptadas para fijar la distinción, según el hecho donde las garantías constan, no hay dificultad; las *convencionales* existen por acuerdo entre las partes, y, en modo más amplio, deberían llamarse *voluntarias*, pues proceden de la válida declaración de la voluntad de personas capaces para disponer de su patrimonio; las *judiciales* existen por idónea resolución del Juez. Y son distintas estas últimas de las *legales*, porque, como se dice en materia hipotecaria (1), las *legales* existen tan pronto como nacen las condiciones de hecho determinadas en la ley para que sean concedidas, no necesitando resolución judicial; mientras las *judiciales* derivan en modo directo de la resolución del Juez.

476. Antes de tratar de las especiales instituciones á las cuales se refieren las distinciones consignadas, es necesario advertir que entre las garantías judiciales no se habla del arresto personal, que es más bien un modo de coerción al pago, y que como tal se hace valer. La ley moderna (2), aceptando los deseos de la ciencia contra este remedio, lo ha restringido, en materia de resarcimiento de daños, solamente á aquellos procedentes de crimen ó delito que por la ley hayan sido previstos y castigados. La lógica jurídica habría querido que cualquier hecho ilícito, sujeto ó no á disposición penal, diese lugar tanto al resarcimiento del daño como al arresto personal; pero en razón del fin que se perseguía, que era la casi abolición de este medio coercitivo, la ley lo mantuvo restringido á los casos más graves, ó sea cuando se trata de daño consiguiente á ciertas graves violaciones de la ley penal. Por esto la interpretación que extiende los casos para los cuales está dictada la ley carece de fuerza, porque el precepto legal prohíbe expresamente tal interpretación (3); y ya la doctrina, impe-

(1) Cód. civ., arts. 1.968, 1.969.

(2) L. 6 Dic. 1877 cit., n. 4.166.

(3) Ley cit. arg., arts. 1-3.

rando la ley antigua (1), enseñaba que no podía concederse arresto personal para el resarcimiento del daño procedente de hecho civil (2).

476 bis. ¿Podrá tener puesto entre las garantías el derecho de retención que se consintiese al propietario ó poseedor del fundo al apoderarse del animal que se introdujera en el mismo, en calidad de seguridad del resarcimiento debido por el daño que dicho animal ocasionara? Dado el silencio de la ley, no parece admisible este medio de precaución ó cautela, que además ofende la condición jurídica del responsable, cuya obligación está limitada al resarcimiento, obligación que no puede ser ampliada sin causa legítima. Verdad es que, por vía de relación contractual, puede surgir del hecho el derecho de retención en favor del damnificado: tal sucedería si, cogido el animal para impedir que cause nuevos daños, se hacen gastos para la custodia y mantenimiento del mismo. Pero aquí no existe unión de culpa contractual y no contractual, y el derecho de crédito nace de otra relación, que es la obligación de restituir el animal, pudiendo la figura de la bilateralidad, aunque imperfecta, determinar la retención (3).

§ 1.

Garantías constituidas con anterioridad al suceso dañoso.

SUMARIO: 477. Garantías convencionales.—478. Garantías judiciales; de la *cautio d. infecti*.

477. La existencia y validez de las garantías convencionales formalizadas para el resarcimiento del daño, se relacionan mucho con los conceptos relativos á la liquidación

(1) Cód. civ., art. 2.094 y siguientes.

(2) Cons. LAURENT, ob. cit., XX, 549, t. y n.

(3) Con todo cons. Cód. civ. austr., §§ 1.321, 1.322; Cód. fed. suizo de las oblig., § 66. SCHNEIDER y FICK, ob. cit., en § 66.

del mismo hecho antes del suceso que le produjo. Pero existe una diferencia entre ambas instituciones, que consiste en lo siguiente: si la liquidación anterior puede ser anulada porque contiene un pacto prohibido, por causa de orden público, la estipulación de la garantía no tiene en sí tal peligro y sigue la suerte de las estipulaciones principales cuando ella constituye lo accesorio. De donde nace la necesidad de estudiar el modo con el cual la garantía se presenta: ó *accesoriamente* á convenciones que contienen la estimación del daño antes que ocurra, ó *principalmente*.

a) En el primero de los dos casos, la suerte de la garantía está, como se señaló, ligada á la validez de la liquidación; ni puede suceder de otra manera, dado el vínculo de carácter accesorio que enlaza los dos pactos. Por eso cuantas veces la estipulación principal quede válida, si bien esto no impida el posterior aumento de la liquidación, quedará también válida la garantía prestada. En este caso, el aumento de la indemnización no hace que se extienda la garantía, porque la voluntad de las partes ha establecido ya cuál es la entidad del crédito protegido con la garantía.

b) En el segundo caso, la garantía puede ser estipulada sin indicar suma alguna que la restrinja, ó también indicando el *maximum* de la indemnización que se intenta asegurar. Con la primera forma se podría estipular una garantía personal, como sería la de un fiador que respondiese de la indemnización por cualquier daño derivado de un cierto peligro temido. Con la segunda se podría válidamente constituir también la garantía real, y se diferenciaría este caso de la hipótesis de garantía en previsión de liquidación fijada en precedencia, quedando siempre á fijar la cuantía efectiva del resarcimiento. Cuando tal suma resultase menor del máximo fijado, se debería también reducir la garantía.

478. La seguridad ó garantía judicial dada anteriormente al hecho ilícito, tiene su clásico ejemplo en la *cautio damni infecti*, que de la ley romana vino al derecho ita-

liano (1). El Juez, á petición de quien en la ruina temida de un edificio ve en peligro las cosas propias, puede ordenar las prevenciones que estime necesarias para alejar la amenaza del daño, ú obligar á prestar garantía por el daño posible: esta última parte de la resolución mira á la garantía llamada judicial. Y se percibe claramente que á la parte solicitante no le ha sido concedido el derecho de pedir de modo alternativo, sino que la alternativa en la resolución ha sido confiada al Juez, que es quien puede escoger entre ordenar las prevenciones necesarias para alejar la amenaza del daño ú obligar á prestar garantía por el daño posible; la petición hecha por el interesado para obtener más bien una que la otra resolución, no disminuye en nada los poderes, las facultades del Magistrado.

De la *cautio d. infecti* en el derecho romano y en el procedimiento relativo; de la cautela casi análoga, acogida por el derecho de nuestro tiempo; de las personas á las cuales y contra las cuales se da, se ha hablado al hacer el estudio de las fuentes referentes á las responsabilidades procedentes de ruina de edificios. Por ello, no es necesario repetir aquí las observaciones hechas sobre la ley, que habría debido prudentemente coordinar las dos disposiciones en ella contenidas, ó cuando menos atenerse sólo á la *cautio d. infecti* (2).

§ 2

Garantías formalizadas posteriormente al suceso injurioso.

SUMARIO: 479. Garantía voluntaria, judicial.

479. La cuestión no ofrece aquí dificultad de ninguna especie, imperando, sin excepción, los conceptos generales. Si la liquidación del daño se hace por vía de convenición, las partes obligadas al resarcimiento y el damnifica-

(1) V. el cap. XIII, *general*, y § 1.º

(2) V. la cita hecha al n. precedente.

do pueden entenderse acerca de la caución, sea cualquiera la manera en que sea dada; y en este caso la validez del pacto depende de las normas que regulan la existencia y la validez de los contratos. Tampoco vale la excepción deducida de la no concesión de gradación de la culpa, porque del daño ocurrido, ó que se presente á su mente como posible, las partes pueden libremente contratar, y los motivos de orden público, que harían en tal caso nula la convención precedente al hecho ilícito, no son aquí atendibles (1).

Esta forma de garantía *voluntaria*, que es la convencional de que ahora nos ocupamos, es la más común; pero, como sucede con la garantía en general, puede tener origen en otro hecho que no sea el contrato; y no sólo podrá ser constituida por el obligado, sino también por un tercero. Cuando la liquidación se haga por vía de sentencia, la hipoteca judicial puede inscribirse sobre los bienes del condenado jurídicamente idóneos para soportar la carga: obsérvese que si la sentencia no hiciera la liquidación del daño, la mera condena genérica sobre el resarcimiento sería bastante para que el título produjera hipoteca. Y bastaría también si la sentencia hiciera sólo declaración de la responsabilidad, que necesariamente contendría tal condena (2). Pero de esto se hablará á continuación.

§ 3.

Excepción.

SUMARIO: 480. Garantía para el daño no sucedido aún.

481. Continuación.

480. La excepción enunciada, mejor que tal, es quizá figura especial de garantía dependiente del tiempo en que se forma; puede muy bien suceder que el hecho ilícito se

(1) V. sobre este tema el cap. XVIII.

(2) Cód. civ., art. 1.970.

haya cometido, que se compruebe la responsabilidad á cargo del autor, y, sin embargo, no existiendo daño todavía ó no siendo conocido, no se pueda, ni convencional ni judicialmente, liquidar el resarcimiento debido. Aun aquí la garantía puede adoptar las dos formas de convencional (*voluntaria*) y judicial; y la *voluntaria* se diferencia en este caso de la formalizada anteriormente al hecho injurioso, en que el prestarla no depende de la investigación acerca de la culpa del dañador, sino del daño no ocurrido todavía. Esta doctrina está en perfecta conexión con el concepto propuesto de que se debe distinguir entre el juicio concerniente á la existencia de la injuria, que se cierra con la declaración de responsabilidad, del juicio sobre el resarcimiento, que es posterior; orden cronológico que se mantiene también cuando los dos juicios no son más que dos partes de un juicio solo.

481. La garantía judicial aparece especialmente con la figura de la hipoteca; que la ley consiente como razón de prelación (muy discutible, en verdad) al *título*, que es la sentencia de condena al pago de una suma, á la consignación de cosas muebles, ó al cumplimiento de otra obligación que pueda resolverse en resarcimiento de daños (1). Los dos primeros de estos casos pueden aplicarse á la cuestión que se trata cuando la sentencia haya ordenado el pago de una suma como resarcimiento del daño, ó la reparación llamada *específica*, esto es, la restitución de la cosa mueble sobre la cual se cometió el hecho ilícito. El tercero confirmaría además la opinión expuesta antes acerca de la garantía constituida anteriormente al daño.

En efecto: si el ofendido hubiese obtenido la sentencia declaratoria de la responsabilidad de quien cometió el hecho ilícito, pero sin pronunciamiento respecto á la garantía por no haberse realizado el daño todavía, ¿se podrá, no obstante, en virtud de tal decisión constituir hipoteca? La

(1) Cód. civ., art. 1.970 cit.

doctrina y la jurisprudencia han decidido una cuestión que puede ofrecer alguna analogía con la presente, aunque aquélla se refiera á la culpa contractual y ésta á culpa extracontractual; y es, si la sentencia que condenó á rendición de cuentas puede por sí producir hipoteca judicial (1). Se ha opinado por algunos negativamente, por no parecer factible, antes de la rendición, conocer el estado del *debe* y del *haber*, y, por consiguiente, el crédito de quien obtuvo la declaración judicial ó la deuda por que fué condenado. Pero se ha objetado victoriosamente que la sentencia impone ya una obligación que tiene por objeto la rendición de cuentas, cuyo incumplimiento se resuelve en una verdadera prestación de daño.

Igual motivo de duda podría haber en la cuestión señalada en materia de delito ó cuasidelito, si bien parezca que, declarada la responsabilidad del agente, esto no baste para obtener el «resarcimiento», y á tal fin es necesario que el daño se realice. En tal incertidumbre, ¿cómo puede la sentencia, que sólo establece la culpa, producir hipoteca judicial? La dificultad es aquí todavía menor, con sólo fijarse en la letra de la ley: ¿la declaración de la responsabilidad no puede, no debe, tal vez, resolverse en resarcimiento de daño? Que tal posibilidad exista, no puede discutirse. El juicio del daño no puede separarse enteramente del relativo á la existencia de culpa y responsabilidad consiguiente, porque la declaración judicial sobre este punto es la razón directa de la obligación de resarcir; esta última obligación es la responsabilidad misma en su existencia concreta, y la realización del daño es la condición necesaria de tal fase perfecta.

La advertencia hecha sobre la determinación de la cantidad que la hipoteca debe garantizar, tiene también eficacia por tratarse de un elemento necesario para obtener la ins-

(1) V. CHIRONI, *Privilegi d'ipoteche*, II, Torino, 1901, nn. 186, 187.

cripción (1). Dicha suma, como se dijo, no produce empeño, por hacerse la liquidación sólo en relación al daño efectivamente habido.

§ 4

Del privilegio por la suma debida y de la impignorabilidad de ésta.

SUMARIO: 482. Si á favor del acreedor damnificado existe privilegio para el cobro de su crédito. — 483. Aplicación en materia de seguro. — 484. Continuación. — 485. Si la suma debida por este concepto es impignorable.

482. La primera de las cuestiones enunciadas es de ordinario objeto de examen en materia de seguros, y el motivo principal por el cual la resolución propuesta por alguien y confirmada por alguna sentencia no se puede aceptar, consiste en la comparación de su aplicación especial con el principio de que se quisiera deducir. De aquí la necesidad de estudiar la cuestión respecto á este último ante todo.

La solución á esta cuestión no es difícil de hallar, si se atiende á la justa observancia de la ley, la cual no concede privilegio ninguno al damnificado por el hecho ilícito sobre los bienes del damnificante, con preferencia sobre otros acreedores; y es sabido que en materia tan estrechamente excepcional la interpretación nada debe añadir al orden legislativo. Después se dirá de qué manera esta regla, generalmente admitida, debe entenderse á fin de que sea exacta; todavía se puede añadir que el principio deducido de la regla de que los bienes del deudor constituyen la «garantía» común de los acreedores (2), ó sea el igual derecho de los acreedores concurrentes á ser garantidos con dichos bienes, tiene ya una limitación en el privilegio y en la hipoteca, el cual derecho anterior existe porque ha sido con-

(1) Cód. civ., art. 1.987.

(2) Cód. civ., art. 1.949.