

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Octubre de 1928

Núm. 46

Convenciones de no-responsabilidad⁽¹⁾

10. La exclusión del dolo y de la culpa lata, ¿se refiere únicamente a las culpas personales del que estipula la irresponsabilidad, o afecta también a la responsabilidad derivada de culpas ajenas? En otros términos: ¿el deudor puede declarar en el contrato por el cual se obliga que no responderá del incumplimiento de su obligación si éste es debido al dolo o culpa lata de sus dependientes? (2). A este propósito se ha sostenido que las normas jurídicas que rigen la responsabilidad por otro en materia contractual, no tienen carácter imperativo, pudiendo ser excluida su aplicación por convenio entre las partes; y, por consiguiente, que la exoneración convencional del dolo y de la culpa lata ajenos, es lícita; porque el dolo es esencial y exclusivamente individual; porque la culpa no tiene grados más que con relación a su autor, y porque tal convenio no perjudica el derecho de recurrir directamente contra la persona causante del dolo, no debiéndose temer que el dolo del auxiliar oculte el del deudor, porque tal conducta constituiría, por parte de éste, un dolo propio, del cual siempre sería responsable (3).

Los Códigos más recientes, alemán y suizo, deciden expresamente la posibilidad de estipular la no-responsabilidad, por la in ejecución debida al dolo o culpa lata de los auxiliares del deudor:

(1) Véanse los cuatro números anteriores.

(2) V. Becqué, *Responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1914, p. 311.

(3) V. Chironi, op. cit., números 297-298. Boutaud, op. cit., número 130. Becqué, op. cit., loc. cit.

así, el primero, después de disponer en el artículo 276 «que el deudor no puede descargarse previamente de su culpa intencional», exceptúa en el artículo 278 la aplicación de esta regla a la responsabilidad por otro en materia contractual; y en igual sentido, el artículo 101 del Código federal de las obligaciones declara: «Una convención previa puede excluir, en todo o en parte, la responsabilidad derivada del hecho de los auxiliares.»

11. ¿Puede estipularse la no-responsabilidad por dolo ajeno en materia contractual en el Derecho español? El artículo 1.102 del Código civil no distingue entre el dolo propio y el dolo ajeno, y si respecto al primero la solución negativa es incuestionable, no sucede lo mismo con relación al segundo.

El artículo 1.102 del Código civil, en relación con la prohibición que envuelve, plantea una cuestión previa, cuyo alcance es preciso dilucidar para contestar a la anterior pregunta; ya que, según sea una u otra posición dentro del sistema general legislativo, serán unas u otras sus consecuencias, a pesar de que la forma categórica en que está redactado pudiera inducir a pensar que no es admisible la renuncia ni aun del dolo ajeno.

La cuestión es ésta: ¿La prohibición de la renuncia del dolo afecta al objeto o a la causa de la convención? Es decir: ¿Se prohíbe pactar sobre el dolo porque se considera que tal convención recae sobre un objeto ilícito o inmoral, o se prohíbe simplemente porque puede hacerse con un fin jurídico (causa) ilícito? La contestación que se dé a estas preguntas es muy importante, porque si el simple hecho de pactar sobre el dolo determina la ilicitud de la convención, es evidente que el pacto exclusivo del dolo ajeno es nulo; por el contrario, si tal prohibición tiende a evitar que los contratantes puedan perseguir un fin ilícito, el pacto de no-responsabilidad por el dolo ajeno será válido, siempre que no se persiga tal fin ilícito, es decir, cuando se haga sin causa ilícita.

El convenio de exoneración del dolo no es nulo por razón del objeto; en él, simplemente una parte se compromete a no reclamar una cantidad que le sería debida en su caso, y esta cantidad es, en último término, el objeto mismo de la convención. Por el contrario, los precedentes de nuestra legislación nos muestran que la prohibición de la renuncia del dolo se establece atendiendo a la moralidad del contrato en sí, persiguiendo que los interesados no

entren en él con la intención de incumplirlo. Como un caso de nulidad por causa ilícita, presenta Sánchez Román (1) esta nulidad, que afecta a la exoneración convencional del dolo; y tal interpretación está acorde con el siguiente pasaje de las leyes de Partida:

Partida V, título II, ley 29.—«Condición o prometimiento haciendo algún home a su despensero que non le demandasse engaño nin furto que le ficiese dende adelante non valdría tal pleyto ni tal promision. Y esto es porque los tales pleytos podrían dar carrera a los homes de facer mal e non deben ser guardados... Y a lo que dice en esta ley de los mayordomos e de los despenseros entiendese tambien de todos los otros homes que tal promision o pleyto ficieren entre si sobre cualquiera hecho que sea semejante destos.»

En suma, siendo una nulidad por razón del fin ilícito perseguido por los contratantes, cuando en virtud de las circunstancias que concurren en el caso singular, pueda apreciarse que una persona, al pactar sobre la irresponsabilidad que pudiera resultarle del dolo ajeno, no ha tratado de incumplir sus propias obligaciones, y que en la ejecución de éstas ha empleado toda la diligencia que le correspondía, estimamos que tal convenio es ilícito.

12. Además del límite del dolo y de la culpa lata, las cláusulas de no-responsabilidad sufren otras restricciones derivadas del orden público.

En primer término, es preciso que ellas constituyan una convención verdadera, un acuerdo de voluntades libremente consentido; en esto se funda la nulidad de las cláusulas insertadas en un contrato, en el que una de las partes ha abusado de la inexperiencia o de la debilidad de la otra.

En segundo lugar el acuerdo debe constar expresamente: no siendo, por tanto, suficiente una declaración unilateral del deudor declinando su propia responsabilidad; si bien estimamos ser innecesaria una cláusula manuscrita, pudiendo bastar una cláusula impresa.

Por último, las cláusulas de no-responsabilidad deben ser interpretadas restrictivamente, y, en su virtud: si ellas no exoneran más que de determinados accidentes, el acreedor puede probar que la destrucción de la cosa ha obedecido a otros; si la cláusula se re-

(1) IV, 207, ed. 1899.

- fiere a un grado de culpa, puede demostrarse la concurrencia de otro ; y, finalmente, si la exoneración afecta a la culpa de ciertos dependientes del deudor, queda libre al acreedor acreditar que el daño ha sobrevenido por la intervención de otras personas.

Las reglas formuladas son una consecuencia lógica de los principios anteriormente expuestos sobre la *ratio juris* de las normas concernientes a la capacidad, y sobre la *natura contractis* : En efecto, como figura jurídica autónoma, la cláusula de no-responsabilidad exige la capacidad y el consentimiento de las partes ; y como pacto contrario a la naturaleza del contrato, ella debe constar por modo expreso y ser interpretada restrictivamente.

Finalmente, debemos consignar que la nulidad de la cláusula no entraña la nulidad del contrato.

CAPITULO VI

Principales aplicaciones de la cláusula de no-responsabilidad en los contratos relativos a las cosas, exceptuando el contrato de transporte.

1. Con arreglo a los principios precedentemente expuestos, la cláusula de no-responsabilidad puede aplicarse a todos los contratos, siempre que no exista una razón para prohibirla especialmente ; en este sentido, podríamos decir con Boutaud (1), que el dominio de la cláusula de no-responsabilidad es tan extenso como el del contrato mismo ; mas en realidad, tales cláusulas son insertadas en un pequeño número de contratos, y aun en éstos reciben aplicación poco frecuente.

2. Entre las aplicaciones de la cláusula de no-responsabilidad, encontramos, en primer lugar, la compraventa. El legislador ha previsto formalmente la posibilidad de estipular la no-garantía en la más usual de las convenciones ; el artículo 1.475, después de decir en su párrafo segundo, «El vendedor responderá de la evicción aunque nada se haya expresado en el contrato», preceptúa en el párrafo tercero : «Los contratantes podrán aumentar, disminuir

(1) Op. cit., núm. 139.

o suprimir esta obligación legal del vendedor», y el artículo 1.476 agrega: «Será nulo todo pacto que exima al vendedor de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte.» Estas reglas son una traducción de los principios expuestos anteriormente: la posibilidad de pactar la no-responsabilidad con el límite del dolo.

Igualmente, refiriéndose a la garantía de evicción, que los herederos se deben, declara el Código civil la licitud del pacto que la excluya (artículo 1.070, núm. 2).

3. En el contrato de arrendamiento de cosas, nos hallamos con el artículo 1.553, que dispone le son aplicables las disposiciones sobre saneamiento contenidas en el título de la compraventa; y, por consiguiente, la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada por todo el tiempo del contrato (artículo 1.554, núm. 3), puede cesar en virtud de una cláusula de no-garantía, con el límite del dolo del arrendador.

En cuanto al arrendamiento de obras y servicios, puede admitirse en el Derecho actual el principio ya proclamado por el Derecho romano (L. 27, p. 29, D. 9, 2): de que quien se encarga de un trabajo puede, por convención, liberarse de la responsabilidad de su culpa. De este principio se han hecho aplicaciones tan importantes, que merecen ser examinadas especialmente.

Las agencias que suministran informes comerciales, insertan frecuentemente en sus boletines una cláusula de no-responsabilidad, con el fin de prevenirse del daño que puedan causar a sus clientes con informes insuficientes o inexactos. Los Tribunales franceses han tenido ocasión de pronunciarse sobre la validez de estas cláusulas, y ciertos autores se han ocupado especialmente de la cuestión (1). Para nosotros, exceptuando el dolo, esta cláusula es lícita. La jurisprudencia francesa ha admitido casi unánimemente su validez en lo concerniente a las culpas leves, pero limitando su efecto a una inversión de la carga de la prueba (2). Bien que la pureza de los principios no sea mantenida, el resultado práctico es el mismo.

(1) Sumien. An. Dr. Com., 1899. Thibault, *De la responsabilité en matière de renseignements commerciaux*. París, 1900.

(2) Sardou, *Clauses modificatives de la responsabilité dans les contrats*. París, 1903, p. 76-77.

También, refiriéndose al arrendamiento de obras y servicios, ha examinado la doctrina (1) la posibilidad de estipular la no-responsabilidad de los contratistas y arquitectos, artículo 1.591. Ninguna dificultad existe para el dolo y culpa lata, pero para las culpas ligeras, la cuestión es más delicada. Chironi rechaza abiertamente tales convenciones (2), porque «la disposición del artículo 1.639 (C. c. it.) ha sido ordenada para tutelar, no sólo el interés privado, sino especialmente el público, por la necesidad de garantir la vida de las personas—inquilinos y transeúntes—contra la impericia del arquitecto, o su abandono, de cualquier grado que sea».

Esta solución nos parece conforme al espíritu del Código: la ley crea una responsabilidad agravada por un motivo especial, que hay que buscar fuera de la estructura elemental de los contratos. Admitida esta solución, admitimos también todas sus consecuencias: imposibilidad de disminuir el plazo legal de los diez años que fija el artículo 1.591, y subsistencia de la responsabilidad a pesar de la recepción de los trabajos por el propietario.

4. En el contrato de mandato, según la opinión de los autores que se han ocupado del problema, la cláusula es lícita. «El mandatario, decía Pothier (3), puede estipular que no sea responsable de las culpas que podrá cometer en la gestión del mandato. Mas a pesar de la convención celebrada, él no puede faltar impunemente a la buena fe que debe aportar: *illud nulla ratione effici potest ne dolus prestatur.*» Idéntica doctrina reproduce Pont (4), quien admite, sin vacilar, tales cláusulas, exceptuando el dolo. Sourdant (5) escribe: «El mandatario puede convenir que no será responsable de las culpas que cometerá en la ejecución del mandato.» Esta es también la opinión de Sardou (6) y Boutaud (7).

Respecto a la obligación de rendir cuentas que, a tenor del artículo 1.720 del Código civil pesa sobre el mandatario, ha observa-

(1) V. Chironi, *Colpa contrattuale*, núm. 305. Demogue, *Obligations*, V, número 1.211. Boutaud, op. cit., núm. 149. Sardou, op. cit., p. 77-78.

(2) V. op. cit., loc. cit.

(3) *Traté du mandat*, núm. 50.

(4) Op. cit., I, núm. 662.

(5) Op. cit., p. 82.

(6) Op. cit., núm. 146.

(7) *Traité du mandat*, núm. 133.

do atinadamente Guillonard que una cláusula dispensando de ella es válida si el mandante tiene capacidad para donar.

De la doctrina de la validez de las cláusulas de no-responsabilidad estipuladas por los mandatarios, se ha hecho, entre otras, una aplicación verdaderamente interesante.

Los banqueros se liberan de la responsabilidad en que pueden incurrir respecto a sus clientes, por el retardo en el levantamiento del protesto de una letra de cambio. ¿Tal convención es válida? Presentada la cuestión prácticamente en Francia, la Corte de Casación había decidido que esta cláusula no exoneraba de su responsabilidad al banquero si se probaba contra él una culpa (1). Pero habiéndose producido un movimiento favorable a su validez, sentencias más recientes admiten que una cláusula semejante puede liberar al banquero, excepto de las consecuencias de las culpas graves (2).

5. Vamos a examinar ahora el contrato de depósito. Ninguna razón existe para instituir, respecto a este contrato, un tratamiento diferente, pero entre los depositarios hay una clase especial, los albergadores, sobre los que en virtud de los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil, pesa una responsabilidad más extensa. ¿Pueden los fondistas y los posaderos declinar por una convención la responsabilidad legal que sobre ellos pesa? Una convención de tal naturaleza es, en principio, absolutamente lícita. Pero estas convenciones expresas son raras; los fondistas han intentado eludir su responsabilidad por medio de anuncios fijados en las habitaciones. ¿Estos anuncios tienen algún valor? Creemos que no. Los artículos 1.783 y 1.794 son derogables por la voluntad privada, porque las normas en ellos contenidas no son de orden público. Mas para obtener semejante resultado es precisa una convención libremente aceptada por las dos partes, y nada prueba que los anuncios a que nos referimos hayan sido aceptados por los viajeros. El artículo 701 del Código civil alemán declara que el cartel por el cual el hostelero declina la responsabilidad que le incumbe, no produce ningún efecto; y el artículo 489 del Código federal de las obligaciones, establece igualmente que el hostelero

(1) Cass. 7 Nov. 1886, D. 61, 1, 114. Cass. 1 Mayo 1872, D. 72, 1.

(2) Corte de París, 7 Abril 1900, D. 1.900, 2. 413.

no puede liberarse de responsabilidad por medio de anuncios fijados en su establecimiento, ni hacerla depender de condiciones no especificadas por la ley.

Como particularidad interesante del Derecho extranjero, debemos consignar que el Código argentino preceptúa que: «El posadero no se exime de la responsabilidad que le imponen las leyes por anuncios que ponga declarando que no responderá de los efectos introducidos por los viajeros, y será nulo cualquier pacto que sobre la materia celebrese con ellos para limitar su responsabilidad» (artículo 2.266).

Por contra, los Códigos de Chile, Ecuador y Colombia declaran expresamente: que cesará la responsabilidad del albergador cuando se haya convenido exonerarle de ella (artículos 2.247, 2.271 y 2.234 de los Códigos citados).

CAPITULO VII

La cláusula de no-responsabilidad y el contrato de transporte de cosas.

1. Prosiguiendo el estudio de las aplicaciones prácticas de la cláusula de no-responsabilidad, llegamos al contrato de transporte. Todas las ideas, todos los principios expuestos hasta aquí, adquieren, al ser aplicados al transporte, una fecundidad impresionante, y vemos a la cláusula de no-responsabilidad, abandonando el modesto papel que desempeñaba, adquirir un relieve y una importancia extraordinarios. ¿Qué tiene entonces de singular la responsabilidad de los porteadores que tan bien se presta para recibir la cláusula? ¿Qué grandes intereses sirve? ¿Qué razones justificativas tiene la extensa aplicación de las convenciones de exoneración en los contratos de transporte?

Para dar a las anteriores cuestiones una respuesta adecuada, es preciso considerar la revolución operada en los medios de locomoción. ¡En tanto que el transporte terrestre se realizaba con vehículos primitivos de tracción animal, y el marítimo con embarcaciones veleras de escaso tonelaje, las expediciones comprendían un pequeño número de objetos, y sobre ellos el porteador

podía ejercer una constante vigilancia personal (1): la desaparición o deterioro de una mercancía, denunciaba un descuido. En perfecta adecuación con las condiciones económicas del transporte, su régimen jurídico hacía responsable al porteador, en términos generales, sin más excepción que el caso fortuito, cuya prueba a él incumbía en todo caso.

El descubrimiento del vapor, sin alterar la estructura jurídica del contrato de transporte, ha modificado tan profundamente su organización económica, que ha multiplicado extraordinariamente la responsabilidad de los porteadores; no se ha debido tal agravación de responsabilidad únicamente a que las mercancías, por su cantidad, escapan a la vigilancia del porteador, ni a la intervención necesaria de un gran número de dependientes; existe además una razón decisiva, a la cual aludíamos en otros pasajes de esta memoria, y cuyo comentario creemos oportuno reiterar: nos referimos al abandono de la noción objetiva de la *vis maior*.

En efecto: cuando el transporte se efectuaba con medios primitivos, la existencia del caso fortuito, única manera de extinguir la responsabilidad del porteador, se acreditaba fácilmente; mas cuando el hombre dispuso de poderosas locomotoras y magníficos trasatlánticos, la designación «caso fortuito» perdió su equivalencia con las expresiones, fuerza de la naturaleza, de Dios, etcétera, y la prueba del caso fortuito se hizo casi imposible de suministrar: la palabra fatalidad fué sustituida por la palabra descuido, la civilización debilitó en el hombre el temor a la naturaleza, a la par que suscitaba la atención más vigilante y el cuidado más prolíjo.

2. He aquí por qué surgió la cláusula de no-responsabilidad como un remedio heroico para liberar a las empresas de transportes de una responsabilidad que empezaba a resultar muy onerosa. La querella vivísima que provocó su aparición, en otro lugar de esta Memoria ha quedado registrada; y bien se comprende, dada la importancia práctica de la cuestión, que los autores se hayan preocupado, más bien que de la doctrina general de la irresponsabilidad convencional, de su aplicación al contrato de transporte.

Fácil es pensar, asimismo, que si la discusión ha sido animada

(1) Vinent, *Des clauses d'irresponsabilité dans le contrat de transport par terre et par mer*. París, 1892, p. 2-3 y sigs.

por los grandes intereses económicos que se debatían, el punto central de ella lo habrán constituido el transporte ferroviario y el marítimo; en cuanto al transporte ordinario, apenas si ha merecido ligeras alusiones.

Vamos a estudiarlos separadamente.

3. Las Compañías ferroviarias insertaron las cláusulas de no-responsabilidad, cediendo a las instancias de los propios cargadores, quienes perseguían obtener una reducción de los precios de transporte. Como dice Saintelette, se comprendió «que la seguridad es, como la velocidad, como el confort, una mercancía que no se produce más que por un aumento de gastos, que no se puede dar, que debe ser vendida y, por tanto, comprada, y que no existe ninguna razón para obligar a los que no la quieren comprar, o a los que solamente la quieren en una cierta medida, o por un precio reducido, a comprarla toda entera y por un precio íntegro» (1).

Los cargadores, no obstante haber introducido por su propia iniciativa el empleo de las cláusulas de no-responsabilidad, pretendieron impugnarlas; reparóse entonces en que los grandes capitales que requiere una explotación ferroviaria, habían creado un monopolio de hecho en favor de las empresas, de cuyos abusos era preciso proteger al comercio; mas no habiendo sido elaborada todavía la doctrina del contrato de adhesión, las ideas fueron lanzadas en una dirección falsa, y en lugar de atacar la cláusula por un defecto de capacidad o un vicio de consentimiento, fué declarada ineficaz, como contraria al principio, reputado de orden público, de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa.

La cláusula, sin embargo, debe ser estudiada en dos aspectos diversos: primero, desde el punto de vista de su moralidad o inmoralidad; segundo, en el terreno de la libertad de las convenciones.

4. En los primeros litigios suscitados, la jurisprudencia extranjera, siguiendo la inspiración de la doctrina (2), situó la cues-

(1) Op. cit., p. 58.

(2) Aubry Rau, *Droit Civil*, 4.^a edición, t. IV, núm. 373. Pouget, *Du transport par eau et par terre*, 180. Pardessus, *Droit Commercial*, II, número 542. Pacifici Mazzoni, *Locazione*, 299. Borsari, *Cod. di Comon.*, 282.

tión en el primer terreno y anuló la cláusula, como contraria al orden público (1).

Persistiendo en esta defectuosa manera de examinar el problema, a partir de Troplong (2) se introdujo una modificación importantísima. Bien que la cláusula fuese considerada nula en principio, se la declaró válida al efecto de invertir la carga de la prueba; es decir, la cláusula fué interpretada no como una convención, teniendo por objeto suprimir, en cuanto al fondo, la existencia de la responsabilidad misma, sino como una convención modificadora de la incidencia de la prueba y en cuya virtud el remitente debía acreditar la culpa del porteador, prueba de cuya necesidad se hallaba exento, con arreglo a los principios de derecho común.

Esta segunda interpretación de la cláusula fué admitida en Francia (3), Bélgica (4), Alemania (5) e Italia (6).

Como en otro lugar de esta Memoria indicábamos, esta segunda interpretación dejaba subsistir teóricamente la responsabilidad, pero la dificultad de probar la culpa del porteador la hacía desaparecer, siendo, en el fondo, el resultado así obtenido aproximadamente igual al que pretendían alcanzar los portejadores bajo el régimen de la primera interpretación. Esta imposibilidad práctica de obtener una indemnización los cargadores, determinó la necesidad de poner en juego nuevos principios.

Trasladada la cuestión al terreno de la libertad de las convenciones, dos autores, Asser y Meili (7), formularon la objeción de que las cláusulas de no-responsabilidad impresas en las cartas de porte, no representaban un consentimiento obtenido directamente,

(1) V. Jurisprudencia francesa, Ch. Cir. 26 Enero 1859, S. 1859, I, 316; Ch. civ. 24 Abril 1865, S. 1865, I, 212; y belga, C. de Cass., 4 Febrero 1870, Pasicrisie, 70, l. 200.

(2) *Traité du Louage*, 924. Domenget, *Commission*, 1.116.

(3) Cass. 4 Febrero 1874, S. 1874, l. 273. Cass. 19 Febrero 1900, S. 1900, l. 238.

(4) Cass. 7 Mayo y 19 Noviembre 1874. Pasicrisie 74, l. 148, y 75, l. 19.

(5) Tribunal regional superior de Colmar, 21 Diciembre 1896, S. 98-4, 17. *Jour. du droit int. privé*, 1899, p. 611.

(6) Venecia, 13 Mayo 1874 (*Tcho dei Trib.*, 1874, p. 820, y *Giur. it.*, XXV, 1, 2, 161.)

(7) Citados por Nani, *Studii di Diritto ferroviario*. Archivio XXII, p. 542..

ya que los remitentes podían no reparar en ellas al celebrar el contrato. Ahondando más en el problema y pasando de una cuestión de forma a una cuestión de fondo, se ha sostenido que, dado el monopolio de hecho de que disfrutan las compañías ferroviarias y la necesidad de recurrir a ellas en que el cargador se encuentra, es ilógico concebir libremente consentido un convenio de liberación que tan favorable resulta para la parte económicamente más fuerte (1).

Hay entre estos dos argumentos una importante diferencia: el primero rechaza la cláusula, por no ser lícito al deudor declinar su responsabilidad en virtud de un acto unilateral; atacándola más a fondo, el segundo la hiera, porque, dada la necesidad de contratar en que el remitente se encuentra, no se debe reputar libre su consentimiento, aun cuando conste la existencia de un acuerdo bilateral que él haya suscrito.

Esta nueva forma de plantear el problema es atinada. En efecto: en tanto se ha fundado la nulidad de la cláusula en su oposición con el principio de orden público, de que nadie puede exonerarse convencionalmente de sus culpas, la jurisprudencia extranjera ha mantenido un criterio vacilante, que llevado a sus últimas consecuencias, engendraba un divorcio absoluto entre la teoría y la práctica. Pero cuando más agudamente se ha tenido en cuenta la naturaleza singular del contrato de transporte ferroviario—contrato de adhesión—, en todos los países donde la cláusula había alcanzado cierto desarrollo, se han dictado disposiciones encaminadas a garantir la libertad del consentimiento del remitente y a impedir que la cláusula sea una ventaja gratuita para las compañías que la ofrecen.

Así, en Alemania, el artículo 461 del Código de Comercio dispone que «las empresas ferroviarias podrán, en tarifas especiales o de excepción, fijar el máximo del importe de que estén dispuestas a responder en caso de pérdida o deterioro, siempre que estas tarifas se publiquen, que supongan una rebaja de precios para el tráfico en general con relación a las tarifas ordinarias, y que el máximo indemnizable se aplique a todo el recorrido.

(1) V. Nani, op. cit., p. 14. Clamageran, *Du louage d'industrie*, número 233.

»Si el perjuicio proviene de intento deliberado o de negligencia inexcusable de la empresa, no habrá lugar a esta limitación.»

En Italia, el artículo 416 del Código de Comercio declara nulas las cláusulas de no-responsabilidad en los transportes por ferrocarril, salvo para las tarifas especiales, ofreciendo una disminución de las tarifas ordinarias.

Posteriormente al Código de Comercio, la ley de 27 de Abril de 1885 (artículo 16) ha autorizado a los ferrocarriles para modificar su responsabilidad, sin que haya tarifa especial o precio reducido, si las modificaciones son aprobadas por el Gobierno.

En Inglaterra, según la Railway and Canal Trafic Act de 1854, se admite que una empresa de transportes puede, por contrato, limitar su responsabilidad por negligencia o culpa, siempre que las condiciones del contrato sean tales que ellas sean consideradas justas por el Tribunal llamado a juzgarla, y que el acuerdo conste por escrito y firmado por las dos partes.

En Austria, el artículo 422 del Código de Comercio declara : «Los ferrocarriles no están autorizados a suprimir ni a limitar previamente en su provecho, por convenciones (por vía de reglamentos o de convenciones particulares), la aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 395, 396, 397, 400, 401 y 408, relativos a las indemnizaciones que incumben a los porteadores, a la existencia, a la extensión y a la duración de estas últimas o a la carga de la prueba, salvo el caso en que esta facultad les está reservada por los artículos siguientes.»

En Suiza, el artículo 455 del Código de las obligaciones dice : «Las empresas de transporte cuya explotación está subordinada a la autorización del Estado, no pueden, por reglamentos o convenciones particulares, sustraerse previamente, en todo o en parte, a la aplicación de las disposiciones legales concernientes a la responsabilidad de los porteadores» ; y el artículo 35 de la ley de 29 de Marzo de 1893 (sobre transportes por ferrocarril) dispone : «Los caminos de hierro tendrán la facultad de ofrecer al público condiciones especiales (tarifas especiales) en las cuales estará fijado el máximo de la indemnización a pagar en caso de pérdida o avería, con la condición de que estas tarifas especiales correspondan a una reducción sobre el precio del transporte total, calculado según las tarifas respectivas ordinarias de cada camino de

hierro, y que el mismo máximum de indemnización será aplicable a todos los recorridos.»

La ley belga de 25 de Agosto de 1891 dispone (artículo 36): «Las tarifas o reglamentos no pueden, excepto en los casos previstos debajo (artículos 37 a 39), modificar, en provecho de la Administración, la extensión de la responsabilidad que le incumbe»; pero «la Administración tiene la facultad de ofrecer al público tarifas especiales a precio reducido, con fijación de un máximum de indemnización en caso de pérdida o avería».

La aplicación de estas condiciones debe ser aceptada expresa o tácitamente por el remitente.

En Francia, la ley de 17 de Marzo de 1905, modificadora del artículo 103 del Código de Comercio, prohíbe en absoluto las cláusulas de no-responsabilidad en los transportes ferroviarios.

Para los transportes internacionales, la convención de Berna de 14 de Marzo de 1890 establece: «El pago de la indemnización íntegra de los daños y perjuicios podrá ser demandado en todos los casos en que el daño tenga por causa un dolo o una culpa grave por parte del camino de hierro» (artículo 41). Interpretando este texto a contrario, se debe concluir que, excluyendo el dolo y la culpa lata, la cláusula de no-responsabilidad es lícita.

5. Tal es, a grandes rasgos, el sistema del Derecho comparado sobre la cláusula de no-responsabilidad en los transportes por ferrocarril. Exceptuando a Francia, que mantiene una prohibición absoluta, los demás países admiten en principio la validez de la cláusula, pero temiendo el posible abuso de las empresas ferroviarias, exigen: «que la cláusula represente el beneficio recíproco de las dos partes, por una reducción de los precios del transporte, y la libertad de la aceptación del remitente, la cual viene garantizada por la facultad de elegir entre varias tarifas, una de ellas desprovista de la cláusula».

6. Según hemos visto, en el estudio de la cláusula de no-responsabilidad en el transporte ferroviario, la doctrina y la jurisprudencia han ido retrocediendo de sus primeras posiciones, hasta llevar la cuestión a un nuevo terreno, en el que las normas restrictivas se justifican por un imperativo legal de capacidad. No existiendo en el transporte ordinario el monopolio de que disfrutan las empresas ferroviarias, ¿podrán estos porteadores estipular

pactos exclusivos de su responsabilidad, con el solo límite del dolo y de la culpa lata?

«En apoyo de que semejante facultad no les ha sido concedida, se podría decir—escribe Chironi—que si la ley se ha cuidado especialmente de la cuestión sólo con relación a las empresas de ferrocarriles, debe persistir, con relación a los demás porteadores, la responsabilidad plena, tal como está ordenada en el Código civil y en el Código de Comercio; pero en contra podría decirse que, a diferencia de lo que de manera limitada se ha establecido para las empresas de ferrocarriles, los demás porteadores son libres de convenir con los remitentes la limitación de la responsabilidad dentro de los límites expuestos» (1).

Después de concretar así los dos sentidos en que puede ser interpretada la inexistencia en el derecho de los diversos países, de normas singulares sobre la cláusula de exoneración en los transportes ordinarios, opta Chironi por la segunda teoría, que es también conforme a nuestro criterio, ya que las restricciones legales antes expuestas obedecen a la falta de competencia en los transportes por ferrocarril, no a que la cláusula de exoneración sea inmoral en sí misma, o contraria a la esencia del contrato de transporte.

7. Hubiéramos querido terminar esta parte de nuestro estudio mostrando el estado de la doctrina y de la jurisprudencia española sobre el problema. Desdichadamente, nuestras indagaciones han resultado estériles; después de haber examinado los repertorios de jurisprudencia, hemos llegado a la conclusión de que la cláusula de no-responsabilidad no ha sido discutida ante nuestros Tribunales.

Tampoco la doctrina nacional ha sido más pródiga, y solamente hemos encontrado unas alusiones al tema en el libro de los señores Bonilla, Miñana y Alvarez del Manzano.

Para estos autores, se debe distinguir entre el transporte ordinario y el ferroviario; y «teniendo en cuenta la forma imperativa de los artículos 362 a 368 y 377 del Código de Comercio, es indudable que el pacto excluyente de la responsabilidad a que los

(1) Op. cit., 302.

mismos se refieren sería contrario a la ley y resultaría prohibido por el artículo 1.255 del Código civil.

»Mas tratándose de las empresas de ferrocarriles, en el supuesto del artículo 356 (haber rechazado los bultos como mal acondicionados, atribución de que se abusa por las citadas empresas), la exención a que el aludido precepto se refiere, ¿es absoluta?

»La exención de responsabilidad a que alude el mencionado artículo no es absoluta, sino relativa tan sólo a los daños que experimenten los objetos transportados, por su mal acondicionamiento, subsistiendo todas las responsabilidades en que el porteador pueda incurrir cuando el daño no sea causado por la circunstancia apuntada...»

Así lo declaró el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Diciembre de 1902 (1).

FAUSTO VICENTE GELLA.

Abogado (2).

(1) *Derecho Mercantil*, II, p. 260-261.

(2) Concluirá el capítulo VII en el número siguiente.