

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Septiembre de 1928

Núm. 45

Convenciones de no-responsabilidad⁽¹⁾

CAPITULO IV

La cláusula de exoneración y el seguro de responsabilidad.

1. En pro de la validez de la cláusula de no-responsabilidad se invoca, además de una razón histórica, un argumento de analogía. Este argumento fué esgrimido primeramente por De Courcy, el cual procuró mostrar que el principio de la responsabilidad personal había perdido su valor en Derecho moderno, por la práctica reiterada del contrato de seguro.

2. El seguro es un contrato que podemos definir con Ancey (2), diciendo que por él una de las partes, el asegurador, acepta de la otra, el asegurado, el riesgo del perjuicio eventual que pueda alcanzar a este último, en compensación de la entrega inmediata de una prima.

«El asegurador acepta un riesgo: él exige una prima.»

«La prima es el precio del riesgo.»

«Precio determinado por el grado de probabilidad y la extensión del daño posible.»

«La prima es el valor actual muy reducido de un daño no solamente futuro, mas incierto para cada caso particular.»

El contrato de seguro ha suscitado apasionadas controversias. Sus detractores lo presentan como nacido de un sentimiento de debilidad y únicamente conforme al egoísmo individual. Asegurar-

(1) Véanse los tres números anteriores.

(2) *Les assurances de responsabilités*. París, p. 26.

se, se dice, es prevenir, pero prevenir el descuido, la negligencia, la propia incuria; es disminuir la tensión vigilante del espíritu o, hablando a la manera de Arturo Mangin (1), adquirir el derecho de ser imprudente. También se imputa al seguro estimular el interés de la destrucción en el supuesto, harto probable, de que los bienes estén asegurados por un valor superior al efectivo.

Los partidarios de la institución la presentan, por contra, como protección al individuo. El daño, dicen, no se debe a la negligencia, sino al azar, a la actuación y concurso de fuerzas extrañas. En tal sentido, el seguro es un procedimiento para eludir las calamidades por una extensa repartición de daños, y uno de los más ardientes apologistas de la institución se expresa así: «El seguro, por su método, por los procedimientos científicos que emplea, por la idea fundamental que lo inspira, está llamado a realizar para una gran parte el ideal de la justicia conmutativa» (2).

Esta segunda opinión ha triunfado: el seguro ha adquirido una práctica extensa y hoy constituye un ideal social. Como dice García Goyena: «El seguro, con ser el último contrato que ha aparecido en la historia del Derecho, es hoy un poderoso instrumento, y sin él no sería posible la vida comercial y la vida social» (3).

3. Si la conveniencia del seguro se justifica por la fortuidad de los siniestros, ¿puede el contrato proteger al asegurado de su propia culpa?

El principio de que el seguro cubre la culpa del asegurado, no fué admitido hasta mediados del siglo XIX. Siguiendo a Pothier, que decía que: «no se puede válidamente convenir con alguien que él se encargara de las culpas que yo cometiere, porque esto sería una convención que invitaría *ad delinquandum*» (4). La doctrina proclamó que el seguro no cubría las culpas. Esta era la opinión de Quesnault (5) y Toullier (6). Alauzet introdujo ya en la teoría importantes atenuaciones: admitiendo en principio la ilicitud de garantir la negligencia del asegurado, él reconoce, sin em-

(1) Econ. fr. 10 julio 1886, p. 40.

(2) Chaufton, *Les assurances*, I, p. 306.

(3) V. Valverde, *Derecho civil*, III, p. 690.

(4) *Traité du contrat d'assurance*, núm. 65.

(5) *Traité des assurances terrestres*, núm. 63.

(6) *Droit civil*, XI, núm. 176.

bargo, que el asegurador debía necesariamente encargarse de las culpas en los accidentes que no son casi nunca casos fortuitos, como los incendios (1). Y como consecuencia de una consulta a Pardessu, la Corte de París admitió que el seguro cubre las culpas (1 Julio. S. 1845, 2, 465) (2).

En esta evolución, la teoría fué impulsada por la práctica. Las compañías de seguros, para extender sus operaciones, ofrecían a sus clientes contratos protegiéndoles de su culpa. En presencia de esta extensión del seguro, puede pensarse en el abandono definitivo de la noción objetiva de la *vis maior*. No se debe interpretar el seguro de la culpa en el sentido de que la institución protege de lo fortuito y de lo no fortuito, sino en la dirección de que por fortuito se extiende también el daño causado por una leve culpa. En efecto, como dice Exner: «Para los antiguos, el rayo era considerado como el tipo de la *vis maior*; nosotros lo hemos domado y lo hacemos trabajar en beneficio nuestro como si fuera un animal doméstico. Si el daño causado por el rayo hubiese de liberar de indemnización porque es el efecto de la fuerza natural eléctrica, debía, por consiguiente, ocurrir lo mismo con respecto al accidente causado en un ferrocarril, a consecuencia de una desviación accidental de la corriente eléctrica y del envío por esta causa de un telegrama truncado. La nieve y las heladas son fenómenos naturales; ¿debe por esto ser *vis maior* el hecho de helarse el aceite en una parte interior de la máquina, y, como consecuencia de esto, la detención del mecanismo, que ocasiona una desgracia? El término fuerza de la naturaleza, fenómeno natural, es, pues, insostenible como expresión técnica» (3). Síguese de aquí que la apreciación de las circunstancias del hecho considerado en sí mismo es insuficiente para determinar su carácter fortuito; imponiéndose, por tanto, para discernir la fortuidad de un siniestro, estudiarlo en relación con la conducta del agente.

El progreso ha actuado en un doble sentido: por una parte, ha reducido a límites estrechos la noción objetiva de la *vis maior*; por otro lado, él ha ampliado la noción de culpa. De ello se deduce que el seguro, para tener utilidad práctica, debe proteger al

(1) *Traité générale des assurances*, núms. 507 a 509.

(2) Boutaud, op. cit., núm. 58.

(3) *La Fuerza Mayor*. Madrid, 1905, p. 47.

asegurado contra sus propias culpas que no revistan caracteres de gravedad.

* * *

4. De admitir que el seguro reparación puede cubrir la culpa del asegurado, excepto el dolo y la culpa lata, a admitir el seguro de responsabilidad, no hay mas que un paso. Admitiendo la reparación directa por el seguro de los daños causados al asegurado por su propia imprudencia, ¿por qué no admitir la reparación de los daños causados a los terceros y que debe él soportar como responsable?

5. El seguro de responsabilidad presenta particularidades suficientemente caracterizadas para poder ser considerado como una rama especial del seguro. En primer lugar, nos encontramos con que si el seguro reparación supone solamente dos personas : asegurador y asegurado, el seguro de responsabilidad exige tres : asegurador, asegurado y víctima. La intervención de esta tercera persona ofrece un interés excepcional, ¿qué es lo que garantiza el asegurador, la indemnidad al asegurado o la reparación a la víctima ? Es decir, ¿el seguro de responsabilidad es una estipulación por otro ? No, escribe Cadere ; «el seguro no es estipulado en favor del tercero, víctima del accidente o del siniestro, sino únicamente con el fin de prevenir la acción de daños y perjuicios que este tercero podría intentar contra el asegurado, o más exactamente, con el fin de prevenir las consecuencias onerosas que esta acción podría tener sobre el patrimonio del asegurado» (1). Y más adelante, dice : «El asegurador estipula en su interés exclusivo ; él es dueño de su contrato, que puede revocar cuando quiera, y el beneficiario de la indemnización del seguro no puede en ningún momento únicamente intervenir, como dice Labbé ; el seguro no tiene por fin reparar una pérdida, porque la pérdida no es la causa jurídica de la deuda a que el asegurado está obligado... La causa verdadera es la entrega de las primas» (Nota. Req. 19 Enero 1890 ; S. 80. I. 141) (2).

No sólo se diferencian el seguro reparación y el de responsabi-

(1) *Théorie et pratique de l'assurance de responsabilité*. París, 1923, página 9.

(2) Op. cit., p. 14.

lidad por la intervención necesaria en este último de una tercera persona. También debe advertirse que la determinación de los daños asegurados es más difícil en el seguro de responsabilidad; éste comprende todos los accidentes que puede causar una actividad, y, por consiguiente, la suma asegurada no representa la medida del siniestro, sino el límite máximo de la obligación del asegurador (1).

Finalmente, es digno de atención que en el seguro de responsabilidad, la fuerza mayor extingue la obligación del asegurador, contrariamente a lo que sucede en el seguro reparación.

Concluye Cadere que el seguro de responsabilidad se caracteriza netamente: por su carácter preventivo, por su extensión teóricamente ilimitada, por la presencia necesaria de tres personas interesadas, por la condición suspensiva de la intervención de un tercero lesionado, por la ausencia de acción directa y, en fin, por su carácter de universalidad que le permite aplicarse en todo dominio donde una cuestión de responsabilidad puede plantearse (2).

El seguro de responsabilidad ha recibido una extensa aplicación, y hoy desempeña una importante función económica y jurídica.

* * *

6. Demostrado que el orden público no se opone a que uno se libere por convención de la responsabilidad por culpa de los dependientes y hasta de las propias culpas no intencionales, se pregunta: ¿por qué razón lo que se puede hacer indirectamente por el seguro, no se puede hacer directamente estipulando la irresponsabilidad con la persona misma con la cual se concluye el contrato? (3). «Es preciso, decía Labbé, establecer una asimilación completa entre los daños de cuya responsabilidad podemos liberarnos y los daños contra los cuales nos podemos asegurar» (4).

La cláusula de exoneración y el seguro de responsabilidad, ¿son instituciones idénticas? Si respondemos afirmativamente, será

(1) V. Cadere, op. cit, p. 10.

(2) Op. cit, p. 18.

(3) V. Danjon, *Droit Maritime*, II, p. 625. Rencker, *Non responsabilité conventionnelle*, p. 93, París, 1896.

(4) Nota a Sentencia 15 Marzo 1876. S. 76, l. 337.

preciso reconocer : o que la cláusula de exoneración debe ser declarada válida, o que el seguro de responsabilidad es ilícito por contener una cláusula de exoneración disfrazada. «Es preciso, escribe De Courcy, proscribir el seguro de responsabilidad, o es preciso reconocer que la exoneración de estas mismas culpas por otro contrato es ilícito» (1).

Este argumento de analogía ha despertado viva inquietud entre los enemigos de las cláusulas de no-responsabilidad ; de aquí, que éstos se hayan apresurado a poner de manifiesto la diferencia entre las dos instituciones.

En primer lugar se ha dicho : la cláusula de no-responsabilidad constituye una ventaja gratuita para el deudor que la estipula en tanto que el seguro implica la obligación de pagar una prima (2). A esta objeción replican los partidarios de la analogía diciendo que el beneficio de la irresponsabilidad no se obtiene gratuitamente, sino a costa de una reducción de precios, reducción cuya realidad ha evidenciado Labbé, al decir : «que si a pesar de la competencia tan viva que se hacen los armadores y las compañías de navegación de todos los países ninguna ha intentado suprimir las cláusulas usuales de no-responsabilidad, es porque para hacerlo sin pérdida, los armadores debían elevar los precios del transporte de una manera sensible y muy perjudicial para el comercio» (3).

En segundo término, en contra de la analogía de las dos instituciones, ha sido sostenido por Thaller : «que no es exacto decir que el deudor se exonera de su responsabilidad asegurándola ; él la hace compartir a otras personas que se encuentran en el mismo caso que él : es un bello ejemplo de solidaridad» (4). Este argumento ha sido refutado por Danjon, mostrando su inaplicabilidad a las sociedades a-prima fija (5).

7. Los argumentos invocados en pro de la identidad de las dos instituciones son exactos pero unilaterales ; aprecian la licitud

(1) *Questions de Droit Maritime*. París, 1878, IV, p. 454.

(2) Desjardins, *Traité de Droit Commercial Maritime*. París, 1878-1890, II, núm. 276.

(3) *Ann. Dr. comm.*, I, p. 255. Cf. Danjon, op. cit., II, p. 635.

• (4) Prefacio al libro de Boutaud, p. 6.

(5) Op. cit., tomo II, p. 637.

de la cláusula únicamente con relación al deudor ; ellos descuidan importantes aspectos del seguro. En primer lugar, la repartición de los riesgos : justamente hizo notar Thaller, en su ponencia sobre el libro de Boutaud, que : «los asegurados ponen en común sus riesgos : no se trata de un hombre estipulando con otro ; ellos son legión. Cuando el riesgo estalla, el daño se fracciona y su fraccionamiento lo hace inofensivo. Así es procurada la seguridad. Incluso cuando el seguro es explotado por una compañía, un fondo de mutualidad la penetra. La asociación y la noción corporativa vienen a corregir los excesos. Esta es la verdad económica. ¿Es esta también la verdad jurídica ? El seguro exige hoy para su legalidad una reunión de riesgos, la piuralidad de asegurados en torno de un mismo asegurador, la aplicación de la ley del gran número, cuyas prescripciones otras veces han sido tan mal observadas» (1).

Pero, además, los partidarios de la analogía olvidan que, con relación al acreedor, los efectos de la cláusula y del seguro son sensiblemente diferentes. En tal sentido, podríamos decir, con Desjardins, que : «no hay ninguna semejanza entre las dos convenciones, porque el seguro, lejos de destruir la responsabilidad, implica la existencia y el funcionamiento, en tanto que la cláusula de irresponsabilidad suprime la responsabilidad» (2).

Finalmente, es oportuno consignar que, como dice Demogue, si se trata de una cláusula de no-responsabilidad, la víctima podrá aceptarla sin apreciar su importancia ; quizás ella le prestara poca atención o estará obligada a aceptarla si ella está contenida en un contrato de adhesión (3).

CAPITULO V

Validez de la cláusula de no-responsabilidad : «Susu límites».

1. Hemos examinado en el capítulo anterior el argumento de analogía invocado en favor de las cláusulas de no-responsabilidad. El resultado de su estudio ha sido poco favorable a la pretendida

(1) V. Boutaud, op. cit., p. 210.

(2) Desjardins, II, núm. 276. Planiol, II, núm. 882.

(3) *Obligations*, V. p. 426.

equiparación entre la cláusula y el seguro ; hay, en efecto, entre ambas instituciones diferencias suficientemente caracterizadas para poder justificar una diversa solución. Nuestra posición, contraria al argumento de analogía, no debe, sin embargo, situarnos entre los enemigos de la cláusula de exoneración ; nosotros admitimos su validez, mas erigiendo en fundamento de nuestro sistema el argumento histórico, en virtud del cual puede demostrarse que los preceptos de los Código civiles son una traducción de los textos romanos precitados.

El argumento de analogía ofrece, en efecto, ciertas particularidades que debilitan su valor ; es, podríamos decir, exageradamente polémico ; esto es, revela un empeño tenaz de destruir las razones de los adversarios, pero sin plantearse el verdadero alcance, el contenido intrínseco del problema ; más bien que de justificar la cláusula, se trata de refutar principios clásicos formulados por Pothier, y esto nos parece excesivo, tanto y más por creer que el propio Pothier puede servir de fundamento a la validez de la cláusula.

El argumento histórico posee, por contra, una desmesurada robustez : él muestra, en primer término, la posibilidad de exonerarse convencionalmente de la responsabilidad en Derecho romano ; en segundo lugar, indica la razón de la flexibilidad de las normas que rigen la responsabilidad entre contratantes ; y, finalmente, revela un punto esencialísimo, que es la suplantación del problema de la cláusula de no-responsabilidad por la cuestión más general de la *natura contractis* ; este extremo encierra gran interés. En efecto, considerada la cláusula como una faceta del problema de la modificación del contrato por el pacto, los autores no se preocupan de su estudio especializado, por ser la licitud de aquélla un corolario de un principio general, y, por tanto, el problema se reduce a determinar si el Derecho moderno ha recibido o no la construcción de la *natura contractis*.

2. Para responder afirmativamente basta leer a Pothier, el cual, en su *Tratado de las Obligaciones* (1), escribe : que se deben distinguir en un contrato los elementos esenciales, los naturales y los accidentales. «Las cosas que son de esencia al contrato, son

(1) V. Ed. española. Barcelona, 1, núm. 3.

aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato.

Por ejemplo, es esencial en el contrato de venta que exista una cosa que haya sido vendida, y que haya un precio por el cual haya sido vendida...

«Las cosas que sólo son de la naturaleza de contrato, son aquellas que, sin ser de la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o sobreentendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato.

Estas cosas ocupan el punto medio entre las cosas que son de esencia del contrato y aquellas que son accidentales al contrato.

Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato por convenio entre las partes ; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas, que es lo que explicaremos con ejemplos. En el contrato de venta, la obligación de garantía que el vendedor contrae con el comprador, es de la naturaleza del contrato de venta, por cuanto el vendedor contrae al vender esta obligación para con el comprador, bien que las partes contratantes no se hayan explicado sobre el mismo y que no se haya dicho una sola palabra acerca del particular en el contrato ; mas siendo esta obligación de la naturaleza y no de la esencia del contrato de venta, el contrato de venta puede subsistir sin esta obligación ; y si por el contrato se ha convenido que el vendedor no viene obligado a dar garantía de la cosa vendida, el convenio será válido, y el contrato no dejará de ser un verdadero contrato de venta por más que el vendedor no venga obligado a salir garante de la cosa vendida.

Es de la naturaleza del contrato de préstamo a uso, el que la persona que ha pedido prestado sea responsable de la más ligera falta cometida vis a vis de la cosa que le ha sido prestada. Esta obligación la contrata con el que presta por la naturaleza misma del contrato, y sin que las partes se hayan explicado al contratar ; mas como esta obligación de la naturaleza se puede excluirla por

una cláusula del contrato y convenir que el que recibe la cosa prestada queda obligado solamente por su buena fe a la conservación de la cosa, no siendo responsable de los accidentes que acaezcan por su negligencia, pero sin malicia...

Se pueden presentar infinidad de otros ejemplos sobre las diferentes especies de contratos (1).

Las cosas que son accidentales al contrato son aquellas que no siendo de la naturaleza del contrato, sólo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo.

Por ejemplo, el plazo concedido en el contrato para el pago de la cosa o de la suma debida» (2).

3. Leyendo los párrafos transcritos de Pothier, que dan la impresión de que traduce literalmente a Schneidewini, no se comprende cómo ha podido encontrarse en las opiniones del ilustre cívilista francés uno de los más firmes apoyos de la doctrina negativa de la validez de las cláusulas de no-responsabilidad. Acaso al formular la doctrina de los elementos de los contratos no se percibieron bien las consecuencias que ella implicaba, quizás se hizo una labor pasiva y poco consciente, pero es lo cierto que el propio Pothier declaró que la responsabilidad forma parte de la naturaleza del contrato y, por tanto, que el convenio que la excluya será perfectamente válido.

Lo acaecido fué que las cláusulas de no-responsabilidad tenían escasa aplicación, y cuando a mediados del siglo XIX ellas comenzaron a insertarse en los contratos, los juristas las recibieron como una novedad ; y la novedad existía en efecto, pero no en el fondo de la cláusula misma como entidad jurídica autónoma, sino en la naturaleza de los contratos donde prácticamente se insertaban —contratos de adhesión—. La naturaleza especial de estos contratos hacía temer el predominio abusivo de una de las partes ; por otro lado, se estimaba asimismo que la no-responsabilidad en los transportes amenazaba la seguridad del comercio ; y, cosa singular, en vez de proclamar la ineficacia de las cláusulas por un imperativo de capacidad, o por la lesión que tales convenios representaban de intereses generales, todos los esfuerzos de la doctrina

(1) Núm. 7, op. cit.

(2) Núm. 8, op. cit.

se enderezan a demostrar la inmoralidad de exonerarse de la culpa. Confundiendo así la culpa moral y la jurídica y desconociendo que la doctrina sustentada se hallaba en contradicción no sólo con los textos de Derecho romano, sino también con los preceptos de los Códigos civiles.

4. En efecto, con arreglo al Código civil, la responsabilidad contractual depende en su grado y extensión de la voluntad de las partes; diversos artículos pueden citarse en apoyo de esta opinión: en primer lugar, el artículo 1.091, admitiendo el principio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes determinar como ellas quieran los efectos de sus convenciones; en segundo término, el artículo 1.104 prevé una responsabilidad más o menos extensa, según las diferentes obligaciones; y, finalmente, el artículo 1.105 reconoce que, en virtud de la convención, puede asumirse la responsabilidad por caso fortuito.

Además de la modificación que resulta de la declaración expresa de la voluntad de las partes, puede la responsabilidad venir acentuada, sea mediante modificaciones en el contrato, que, como dice Chironi (1), implican por disposición legal tal aumento—estimación, ej.: artículo 1.745 C. c.—, sea mediante un hecho al cual el obligado ha dado causa—mora, artículo 1.100 C. c.

Por último, puede invocarse la validez de la cláusula penal, que permite a los interesados tasar previamente la cuantía de la indemnización—artículos 1.152-1.155 C. c.—, en virtud de cuyo argumento, la cláusula de exoneración adopta la figura jurídica de una cláusula penal mínima.

Concluimos, pues, que la cláusula de no-responsabilidad es en sí misma un convenio jurídico perfectamente válido, y, por tanto, deberá reconocerse su licitud si en el caso singular en que se apliquen concurren los requisitos que exige toda convención: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

5. De la misma suerte que en el Derecho romano, las cláusulas de no-responsabilidad tienen en el Derecho actual el límite de dolo: la renuncia de la acción para hacer efectivo el dolo es nula, preceptúa el artículo 1.102 del Código civil.

Los tratadistas justifican la ineeficacia de los convenios de ex-

(1) V. Chironi, *Colpa Contrattuale*. Torino, 1894, p. 95.

oneración del dolo por una razón de orden público ; Clemente de Diego dice que «renunciar a la acción para reclamar el dolo, tanto valdría como autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales, con lo que desaparecería la seguridad en el trato y en las relaciones de la vida» (1) ; en el mismo sentido escribe Chironi : «ser muy contrario a la moral pública que la intención depravada de cometer un daño tenga, con la seguridad de la impunidad, una doble excitación para determinarse» (2) ; y de esta luminosa manera de pensar participan Planiol (3), Lomonaco (4), Pothier (5), Thaller (6), Larombiere (7); Demogue (8), etc., etc.

6. Esta solución clásica, que parecía inalterable, ha sido combatida por Grandmoulin, quien, fundándose en que el propietario de una cosa tiene un derecho de disposición absoluta que puede conceder a un tercero en todo o en parte, ha sostenido (9) «ser posible estipular la irresponsabilidad por la inejecución, sea involuntaria, sea dolosa, de una obligación legal o contractual relativa a los bienes», y, por consiguiente, «si yo estipulo que no seré responsable si me asalta la ocurrencia de lanzar mi jauría en el parque o en las cosechas de mi vecino (con el cual yo he contratado), mi convención será válida...» «Para que exista el dolo es preciso que haya engaño ; y bien, ¿dónde está el dolo ?, ¿quien engaña o es engañado ? La cláusula de no-responsabilidad suprime el dolo o lo hace imposible.»

El sistema propuesto por Grandmoulin no resiste un atento examen ; decir que la cláusula de no-responsabilidad del dolo suprime el engaño, es evidente, pero también es cierto que el dolo implica algo más que la ciencia ; él entraña también una violación, un fraude de la ley. La conducta dolosa no sólo está en oposición con los intereses patrimoniales de la parte lesionada, ella ataca

(1) *Derecho civil*, IV, p. 38.

(2) *Colpa Contrattuale*, núm. 296.

(3) *Droit civil*, II, núm. 244, y *Rev crit.*, 1888, p. 285.

(4) *Obligazioni*, I, p. 151 y sigs.

(5) *Obligaciones*, I, p. 32 y sigs.

(6) *An. Dr. Com.*, I, p. 126.

(7) *Théorie et pratique des obligations* sobre el art. 1.137, núm. 13.

(8) *Obligations*, V, núm. 1.192.

(9) *V. Nature delictuelle de la responsabilité par violation des obligations contractuelles*. Rennes, 1891, p. 65-68.

el orden jurídico, porque es una violación consciente de la buena fe, y ésta es reputada indispensable para la seguridad de las relaciones sociales. En tal sentido, podríamos decir que el dolo está fuera del contrato ; «es en sí un generador de obligaciones distinto de la convención», observa Sainctelette (1).

Tampoco el fundamento de que arranca Grandmoulin puede estimarse más seguro ; sostener que la renuncia del dolo opera una transformación en el estado de los derechos, una especie de desmembración de la propiedad, en virtud de la cual un tercero asume facultades de dueño, es desconocer que las convenciones deben ser racionales y no pueden crear situaciones contradictorias y derechos incompatibles ; como decía Sainctelette, «no se puede a la vez querer y no querer, vender y no vender, servir y traicionar» (2). ¿Qué efectividad tiene el vínculo obligatorio, si el deudor puede violarlo impunemente y con mala fe ? ¿Qué queda, por ejemplo, de un contrato de depósito en el que la devolución de la cosa depositada depende de la voluntad del depositario ? Una autorización semejante implica algo más que una renuncia del dolo : entraña el decaimiento y la insubsistencia del contrato mismo. Por otra parte, como observa certeramente Boutaud, llevando la teoría de Grandmoulin a sus últimas consecuencias, sería preciso reconocer que toda enajenación contiene una cláusula de no-responsabilidad del dolo, lo que es evidentemente absurdo (3).

7. Bien que Boutaud oponga a Grandmoulin un reparo tan gentilmente concebido ; es notoria la influencia que en el autor primamente citado ha ejercido el segundo. Reconociendo Boutaud que las cláusulas de exoneración del dolo no se hallan en oposición con el orden público, ha intentado dar de la nulidad de aquéllas una explicación más precisa : la renuncia del dolo es nula porque, en virtud de ella, queda el deudor libre de cumplir sus obligaciones, implicando tal facultad una violación del artículo 1.174 (Código civil francés), que dispone : «Toda obligación es nula cuando, en virtud de ella, queda el deudor libre de cumplir o no sus obligaciones» (4).

Esta construcción es verdaderamente sugestiva, y ella ha con-

(1) Op. cit., pág. 34.

(2) Op. cit., pág. 19.

(3) Op. cit., núm. 128.

(4) Op. cit., núm. 128.

quistado la adhesión de autores tan ilustres como Colin y Capitant (1). La explicación propuesta por Boutaud oculta, sin embargo, una doble confusión; en tal sentido, ha dicho Danjon certamente que «una cláusula de un contrato es cosa distinta de una condición, sin lo que todos los contratos serían condicionales, y la nulidad de la cláusula es otra cosa que la nulidad del contrato todo entero». La aplicación del artículo 1.174 entrañaría la nulidad del contrato mismo, en tanto que aquí la validez del contrato no es ni puede ser puesta en duda.

«Además, la explicación propuesta por Boutaud no se aplica más que a las cláusulas de irresponsabilidad insertadas en los contratos; ella dejaría sin solución la cuestión semejante a la cual dan lugar las convenciones extracontractuales de no-responsabilidad del dolo» (2).

8. Observando que si los autores están divididos sobre los motivos de la prohibición de la renuncia del dolo, la admiten todos, exceptuando a Grandmoulin, podría creerse ociosa la justificación teórica del imperativo legal; sin embargo, de la posición que se adopte sobre la *ratio juris* del precepto, depende una serie de consecuencias importantes que afectan en primer término a la posibilidad de exonerarse de la culpa lata.

Mas, ante todo, ¿en qué consiste la culpa lata? Esta es una cuestión de orden general que ya dividía a los romanistas. En Derecho moderno, algunos autores se niegan a admitir la existencia de la culpa lata, por la imposibilidad de dar de ella una noción precisa. «La variedad infinita de las especies—ha dicho Labbé—fracaña la previsión, escapa a la inflexibilidad de las reglas trazadas previamente» (3). «La culpa lata—escribe Thaller—es una noción fugitiva, de cuyo comentario debemos librarnos de una vez» (4).

Sin embargo, bien que ella sea difícil de definir, la culpa lata puede presentarse en algunos supuestos; así, en el caso presentado generalmente como ejemplo, del fumador que deja su pipa encendida sobre un barril de pólvora, es tan singularmente grave

(1) *Droit*, II, p. 12-13.

(2) Op. cit., II, p. 683.

(3) Nota. Cass. 15 Marzo 1876. S. 7-6, I. 337.

(4) *An. Dr. Com.*, I, p. 256.

la culpa, que exige un tratamiento distinto del de las culpas ligeras.

Ahora bien, la culpa lata, ¿debe ser asimilada al dolo? En Derecho romano, la culpa lata era equiparada al dolo; así se desprende de numerosos textos citados en otro lugar. En el Derecho moderno, la mayor parte de los tratadistas y la jurisprudencia mantienen la solución romana. Sin embargo, no debe interpretarse esta equiparación como identidad de naturaleza: «La culpa lata tiene un contenido muy distinto del dolo, no pudiéndose en ningún caso confundir la voluntad maligna con la negligencia, aunque ésta sea gravísima» (1).

9. ¿Debemos extender a la culpa lata la prohibición de estipular la irresponsabilidad que pesa sobre el dolo? Aquí es donde entra en juego la justificación teórica del imperativo legal; si la renuncia del dolo se prohíbe únicamente por la condición potestativa que encierra, la licitud del convenio que excluya la prestación de la culpa lata nos parece evidente. Si, por contra, fundamos la ineeficacia de la exoneración convencional del dolo en una razón de orden público, la renuncia de la culpa lata será asimismo nula, porque el orden público tampoco puede tolerar la no prestación de aquel mínimo de atención y de cuidado que debemos a las personas y cosas de nuestros semejantes.

Reconociendo Boutaud que el lógico desenvolvimiento de su sistema conduce a afirmar la posibilidad de exonerarse de la culpa lata, ha imaginado un ingenioso medio de coordinar el fundamento de su teoría con la prohibición de la irresponsabilidad convencional de la culpa lata: «El deudor que estipula que él no deberá daños y perjuicios incluso por las culpas latas que podrá cometer en la ejecución de su contrato, queda obligado. Su responsabilidad es reducida, pero la ejecución de su obligación puede ser perseguida en justicia. No le estará permitido cumplir la prestación prometida de una manera extravagante, porque, como ha escrito M. Desjardins, la extravagancia de un hombre sano de espíritu sería una culpa intencional, y las partes no han querido ni podido querer más que la exoneración de las culpas no intencionales» (2). Es decir, la gravedad de una culpa hace presumir el dolo,

(1) Chironi, *Colpa Contrattuale*, núm. 296.

(2) V. op. cit., núm. 129.

no teniendo la víctima necesidad de demostrar la mala fe de su adversario, porque por ello no serían sus derechos aumentados.

Bien que nosotros admiramos el ingenio y la sutileza jurídica desplegados por Boutaud, fundamos la nulidad de la exoneración de la culpa lata, en un motivo substantivo y propio, a saber: Que el orden público no puede contemplar impasible la inhibición de aquella diligencia mínima que el respeto de la persona del co-tratante y la conservación económica de los bienes exigen.

FAUSTO VICENTE GELLA

Abogado (1).

(1) Concluirá el capítulo V en el número siguiente.