

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Julio de 1928

Núm. 43

Convenciones de no-responsa-
bilidad ⁽¹⁾

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1.—La responsabilidad contractual surge entre personas ligadas por un contrato y con motivo de la inejecución de éste. El contrato impone algo más que el respeto negativo de la personalidad de otro: crea un deber de cooperación. Incumplido éste, nace a favor del acreedor un derecho de resarcimiento sobre el patrimonio del deudor.

«El incumplimiento puede afectar, escribe Clemente de Diego (1), a la prestación misma, o sea, al objeto debido total o parcialmente, al tiempo y al lugar de la prestación, a todos y a cada uno de los accidentes y elementos que integran la prestación.

»Sobrevenido el estado de incumplimiento y defraudadas las legítimas expectativas y justos derechos del acreedor, la misma necesidad jurídica que implica el vínculo obligatorio reacciona para arbitrar medios y disponer recursos al efecto de satisfacer aquellos derechos y expectativas.»

2.—La obligación contractual recibe cumplimiento en dos formas: si el deudor realiza voluntariamente la prestación convenida; se dice que la obligación se cumple en forma específica; si el deudor no ejecuta el acto prometido, el orden jurídico, reaccionando contra él, da al acreedor una satisfacción pecuniaria sobre el

(1) Véase el número anterior.

(2) *Derecho civil*, IV, p. 43.

patrimonio de aquél; a esta forma de cumplimiento se denomina ejecución por equivalencia.

3.—Ahora bien, ¿la ejecución específica y la equivalente están en el mismo plano, o, por el contrario, la primera es el objeto primordial y originario de la obligación, y la segunda, el sucedáneo y accesorio? La indemnización pecuniaria que contra el deudor rebelde se pronuncia ¿es coactiva o meramente compensatoria? Estas interrogantes plantean la cuestión de saber: 1.º Si cumplir la obligación en forma específica es un deber jurídico del deudor; y 2.º Si el incumplimiento de la obligación engendra una transformación cualitativa del derecho del acreedor.

Para dar a esta cuestión una respuesta satisfactoria se impone discernir lo que las anteriores preguntas tienen de reflejas y alusivas; ellas vienen a nuestro campo como corolarios de una premisa que es preciso revisar: la naturaleza de la obligación. Por esto, la respuesta que se dé depende de la posición que se adopte ante un problema de tanta entidad.

Si se acepta la fórmula de Savigny de ser la obligación «un señorío del acreedor sobre un acto singular del deudor» (1). Será reputada esencial al concepto de la obligación la actividad del deudor, el cual deberá seguir un cierto comportamiento. Esto supuesto, la indemnización será un medio de constreñir al deudor al cumplimiento específico.

Por contra, si estimamos no ser elemento esencial de la obligación el acto prometido, y, de acuerdo con Köppen, definimos aquélla como «un derecho al valor de la cosa debida y, por consecuencia, como un derecho del acreedor sobre el entero patrimonio del deudor, considerado como conjunto de todos los valores a él pertenecientes» (2). O bien, retenemos de Schott, ser la obligación «un derecho sobre el patrimonio del deudor, considerado no en un sentido objetivo y económico—conjunto de bienes—, sí en un sentido subjetivo y jurídico, suma de facultades, viniendo determinada la obligación como un derecho del acreedor sobre los poderes jurídicos del deudor» (3). O, finalmente, concebimos con

(1) *Obbligazioni*, I. Torino, 1912. 2, p. 4.

(2) *Erbrecket*, pp. 246-248.

(3) *Der Obligatorische Vertrag unter Abwesenden*. Heidelberg, 1873, pp. 50 y sigs.

Hartmann la obligación como una especie de tensión jurídica para la obtención de un fin (1). Habremos volatilizado del examen de la obligación la conducta del deudor y no será la indemnización un medio de constreñir a éste a ejecutar un acto, sino la actuación de un derecho primario del acreedor.

4.—¿Estas concepciones son exactas? ¿Destacan lo esencial de la relación obligatoria? ¿Nos suministran aquella plenitud de conceptos que requieren el examen de nuestro problema actual? Creemos que no.

La doctrina de Savigny, como la de Köppen, Schott y Hartmann nacen de una visión parcial del problema. El primero considera la obligación en el deudor, y en cuanto significa para éste un estado depresivo de su espiritualidad. El obligado es un sujeto anormal sobre el que actúa una conminación. Las teorías opuestas examinan la obligación en el acreedor, desde el punto de vista de la utilidad económica que para él representa.

La diferencia de apreciación depende de la perspectiva. Es preciso centrar la proyección, examinar el problema íntegramente y distinguir, con Pacchioni (2): 1.º El delitum del deudor. 2.º La expectativa que, dado este deber, surge en el acreedor (creditum). 3.º El medio por el cual viene éste garantizado; y 4.º El valor que en el comercio es atribuido a la expectativa del acreedor frente al deudor, cuando la deuda de éste tiene por objeto una prestación pecuniaria garantizada sobre su patrimonio.

El acto prometido es un elemento esencial de la obligación en cuanto determina la cualidad y la extensión del resarcimiento. Es además un supuesto lógico indispensable del concepto de la obligación, en cuanto la inexistencia del acto prometido hace pasar de la potencia al acto el derecho del acreedor a ser indemnizado.

Destacando la importancia conceptual del delito, ha constituido Brunetti una ingeniosa teoría. «La norma jurídica, dice, no impone al deudor ejecutar la prestación. El deudor no tiene el deber jurídico de realizarla. El acreedor no tiene derecho a exigirla» (3).

Pero el deber del deudor tiene relevancia jurídica en cuanto

(1) *Die Obligation Untersuchungen über ihrem Zweck und Baun*. Erlangen, 1875, pp. 37 y sigs.

(2) *Obligazioni*. Torino, 1912, I, p. 929.

(3) *Il Delitto Civile*. Florencia, 1906, pp. 132-133.

su inexecución actúa el derecho del acreedor al resarcimiento. Es, por tanto, un deber jurídicamente cualificado al cual corresponde una pretensión del acreedor jurídicamente cualificada. El incumplimiento es un hecho jurídico en cuanto entraña consecuencias jurídicas, pero no es un hecho antijurídico porque no hay violación de ningún deber impuesto por una norma jurídica» (1).

5.—Para que la responsabilidad contractual se produzca es preciso que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor. La obligación se extingue cuando su ejecución ha devenido imposible, por causas extrañas a la voluntad de aquél (fuerza mayor y caso fortuito).

6.—¿Qué grado de diligencia debe emplear el deudor en el cumplimiento de la obligación?

Este es el problema de la graduabilidad de la culpa (2), para cuya solución, Accursio, Alciat y Cujas imaginaron una teoría sutil y complicada, a la que atribuían como origen un texto de Ulpiano (5, 2, Commod. D. XIII-6). Esta teoría distinguía cuatro grados en la culpabilidad: 1.º El dolo, caracterizado por la malicia y la intencionalidad. 2.º La culpa lata, que consiste en la omisión de aquella diligencia que las personas más negligentes dedican a sus negocios; esta culpa es asimilada al dolo. 3.º La culpa leve, que consiste en no emplear el cuidado que el común de los hombres consagra a sus negocios, y 4.º La culpa levísima, que consiste en no imitar la conducta de los hombres más diligentes.

Para determinar el grado de diligencia exigible dividían los contratos en tres grupos: 1.º Contratos celebrados en interés exclusivo del acreedor (ej., depósito), el deudor presta la culpa lata. 2.º Contratos celebrados en interés recíproco de las partes (ej., venta, sociedad), el deudor debe prestar la culpa leve. 3.º Contratos celebrados en interés exclusivo del deudor (ej., comodato), el deudor debe prestar la culpa levísima.

Esta distinción fué combatida por Lebrún (3) y empezó a per-

(1) V. op. cit., p. 405 y sigs., núm. 178.

(2) V. Colin y Capitant, *Droit Civil*, II, p. 7 y sigs. Planiol, *Droit Civil*, II, pág. 85. Lomonaco, *Obligazioni*, I, p. 489. Ruggiero, *Diritto Civile*, II, p. 181 y sigs., etc.

(3) *La Prestation des Fautes*, 1764.

der su rigor. Pero es un autor alemán, Hasse (1), quien la ha refutado más cumplidamente. Demostrando que la clasificación es una invención de los intérpretes, porque fuera de la culpa lata, que asimilaban al dolo, los jurisconsultos romanos no conocían en materia de contratos más que una sola especie de culpa, que llamaban habitualmente culpa levis. La expresión culpa levisísima se encuentra una sola vez en los textos en materia de delitos. *In lege Aquilia et levisima culpa venit* (D. lib. XLIV, tít. IX, fr. 2).

Demostrado que esta distinción, además de antirromana, es, como dijo Bigot-Preamencu, más ingeniosa que útil, se ha prescindido de ella.

El artículo 1.137 del Código civil francés dispone que la obligación de velar a la conservación de la cosa, sea que la convención tenga por objeto la utilidad de una de las partes o su utilidad común, somete a quien está encargado de ella a aportar todos los cuidados de un buen padre de familia.

Igual principio formula el artículo 1.104 del Código civil español. El Código civil alemán dice (artículo 276) que hay negligencia por parte del deudor, si él no ha tomado los cuidados exigidos en las relaciones de los negocios.

El principio proclamado por la ley es que se debe comparar la conducta del deudor a la de un buen padre de familia, es decir, al tipo abstracto de un propietario de inteligencia y prudencia media. A este modo general de apreciación se denomina culpa *in abstracto*.

Otras veces se aprecia la conducta del deudor según sus antecedentes personales, es decir, según el grado de diligencia del deudor, considerado en sí mismo (*diligentiam qua, in suis rebus adhibere solet*) culpa *in concreto*.

«La culpa *in concreto*, dice Ruggiero (2), es íntimamente variable, siendo su intensidad determinada caso por caso, según la persona del obligado, que puede ser un hombre de máxima, de media y de mínima inteligencia. No es, por tanto, la culpa *in concreto* una atenuación de la culpa *in abstracto*; no significa una

(1) *Die culpa des römischen Rechts*. Lomonaco, *Obligazioni*, Nápoles, 1912, p. 492.

(2) *Diritto Civile*, II. Nápoles, 1922, p. 112 y sigs.

disminución de la responsabilidad del depositario, sino la determinación de ésta por un criterio distinto.»

Al Código civil francés se ha dirigido el reproche de haber adoptado una graduación de las culpas (v. artículo 1.882, comodato, y 1.927, depósito, C. c. fr.). La verdad es, dicen Colin y Capitant (1), que el deudor está siempre obligado a la misma cosa, que es ejecutar su obligación. La sola cuestión que se plantea es la de determinar justamente el contenido, es decir, el objeto de la obligación. Si en materia de depósito el deudor no se obliga más que a la diligencia que él dedica a sus propios negocios, es porque a esta prestación han entendido limitarse las partes. Si ordinariamente el deudor debe prestar la de un buen pater familias, es porque su acreedor ha contado con una prestación de esta medida solamente.

CAPITULO V

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y AQUILIANA

1. El hecho de incumplir un contrato, dice Thaller (2), puede constituir para el deudor no solamente una violación de la palabra dada, sino también una infracción a la regla general de que no se debe dañar a otro, y la cláusula de irresponsabilidad, susceptible de anular la primera obligación, carecerá de eficacia sobre la segunda.

Esta afirmación de Thaller deja al espíritu un tanto perplejo. La responsabilidad contractual y la aquiliana tienen un dominio separado con absoluta precisión, o, por contra, ellas se penetran y entrecruzan de tal suerte, que la enajenación de un contrato, por ejemplo, puede engendrar una responsabilidad delictual.

Se comprende fácilmente la importancia que este problema tiene para nuestra tesis. Si afirmamos que la responsabilidad aquiliana se aplica entre contratantes, inferiremos un ataque grave a la validez de la cláusula de no-responsabilidad. En efecto, si al lado de la responsabilidad contractual existe la delictual, supuesto que esta última es inderogable por la convención privada; exone-

(1) *Droit Civil*, II, p. 9.

(2) *Annales de Droit Commercial*, 1886-87, pág. 190.

rado un deudor de su responsabilidad contractual, quedará libre al acreedor probar que el deudor infringió el principio de derecho contenido en el artículo 1.902 del Código civil, y la cláusula de no-responsabilidad sólo producirá el efecto de invertir la carga de la prueba; es decir, el acreedor deberá probar la culpa del deudor, siendo así que, con arreglo a los principios de derecho contractual, incumbiría a este último la prueba de no haber incurrido en culpa.

El problema del concurso de las responsabilidades ofrece, según nuestro modesto pensar, un conjunto de facetas distintas. No hay un solo problema, podríamos decir, sino varios, que tienen una designación genérica, pero cuya individualidad netamente trazada exige un tratamiento diferente. En virtud de ello, nos permitimos afirmar que la cuestión puede ser estudiada en cuatro posiciones diversas.

2. *Primera posición.*—¿La responsabilidad contractual que sanciona el incumplimiento de los contratos, se aplica con motivo de la formación de éstos? ¿Los actos preliminares de un contrato se rigen por la ley de éste, o por el principio general de Derecho contenido en el artículo 1.902 del Código civil?

La cuestión que se plantea concretamente es ésta: si en un contrato nulo, o todavía no formado, una de las partes demanda una indemnización por los daños sufridos, ¿qué naturaleza contractual o delictual tiene la responsabilidad en que incurre la parte que ha obrado deslealmente?

Vamos a citar una sentencia francesa que decidió esta cuestión (Cour de París, 17 Julio 1894. S. 1899, I. 225; Cour de Cass. 15 Noviembre 1898 y 21 Marzo 1899, S. 1899, I. 225): Unas letras de cambio habían sido giradas sobre un menor, el cual había dado su aceptación en una fecha en la que ya sería mayor. Sabido es que, con arreglo al artículo 1.307 (Código civil francés), el menor no puede relevarse de su incapacidad por la sola declaración de que es mayor. La Corte de París, aplicando pura y simplemente el artículo precitado, decidió que las letras eran nulas. La Corte de Casación consideró el procedimiento empleado por el menor, caracterizado por los elementos de hecho que la Corte de París reveló en su sentencia, como constitutivo de un delito civil, de cuyas

consecuencias el menor debe responder a tenor del artículo 1.310 (Código civil francés).

No hemos encontrado nada más preciso que esta sentencia para mostrar como en un contrato nulo o todavía no formado puede surgir una responsabilidad típicamente caracterizada, que para la jurisprudencia francesa tiene un fundamento delictual. Este mismo sistema ha sido defendido en Italia por Chironi (1) y Ascoli (2).

Segunda posición.—¿En un contrato válidamente formado, puede el acreedor servirse de la responsabilidad extracontractual para agravar la situación del deudor? ¿La cualidad de deudor implica una liberación de la responsabilidad aquiliana, o, por el contrario, puede aquél ser considerado como contratante y tercero en sus relaciones con el acreedor?

A este propósito, Accarias (3) contruyó el sistema siguiente (fundándose en la ley 27 29, D. Ad. Leg. Aquil., 9, 2): «Si el daño tiene su origen en un acto autorizado por el contrato, la ley Aquilia no le alcanza; pero en todos los otros casos, la ley Aquilia se aplica, porque el contrato no puede sustraer a un individuo a la responsabilidad a que está sujeto para con sus semejantes.» Para aclarar su pensamiento, pone Accarias el ejemplo siguiente: «Depositario de un vaso precioso, en un cambio de habitación, yo lo transporto conmigo, y una ligera imprudencia lo quiebra, yo no seré perseguido por la acción *legis Aquilia*, ni por la *depositi*, porque era para mí un derecho, y hasta un deber, el trasladar el vaso conmigo. Pero si yo quiebro el vaso mostrándolo a un curioso, incurriré en la acción *legis Aquilia*, porque yo no me encierro en los límites de mi obligación.»

Este sistema distingue, por tanto los actos autorizados por el contrato de los simplemente no prohibidos, admitiendo que puede derivar de los segundos una responsabilidad aquiliana, porque el contrato no arrebató el carácter ilícito a un hecho que realiza el deudor sin incumbir a su cualidad jurídica.

Esta sutil teoría ha sido ingeniosamente combatida por M. Lab-

(1) *Colpa extra contractuale*, núms. 147 y 150.

(2) *Riv. dis. Civ.*, 1910, pág. 835.

(3) *Précis de Droit romain*. 4.^a edición, 1891, II, p. 509.

bé (1), comentando el ejemplo propuesto por Accarias: «El acto que me reprocháis, dice, no es idéntico al acto del que un tercero cualquiera se hubiera hecho culpable. Yo, depositario, no he deteriorado, no he destruído vuestra cosa mas que porque me habéis puesto en relación con ella. Tercero yo, me habría cuidadosamente abstenido de tocarla; yo no habría ido a vuestra casa para mostrar vuestro vaso a un curioso; yo no habría tenido la ocasión de causaros el menor perjuicio. Esta ocasión el contrato la ha suscitado; él sólo puede dictar la sanción de mi imprudencia.»

Esta manera de pensar nos parece justa: el contrato crea una situación particular en que las ocasiones de dañar se multiplican. Pretender regir esta situación por el artículo 1.902 del Código civil, equivaldría a afirmar que en todos los contratos se presta la culpa levisima.

Tercera posición.—Hasta ahora hemos examinado la posibilidad de un concurso alternativo de las dos responsabilidades. El análisis no puede detenerse aquí, y vamos a estudiar un nuevo problema.

Un hecho prohibido por la ley del contrato ¿puede engendrar una doble sanción contractual y aquiliana?

Las dos responsabilidades pueden nacer de un mismo hecho; así, si un tercero es cómplice de la violación de un contrato, la responsabilidad en que incurre el contratante es contractual; la del tercero, delictual. «Su delito consiste en haber atentado a una obligación que no le afecta directamente, pero que crea un estado de derecho que debe respetar» (2).

También las dos responsabilidades pueden funcionar entre las mismas personas y a propósito de un mismo hecho: «Si un accidente ferroviario hiere a un viajero y deteriora su propiedad vecina, opinamos, dice Demogue (3), que hay dos responsabilidades distintas, sometidas a un régimen diferente de prueba.»

Cuarta posición.—En los ejemplos presentados en la posición

(1) *Annales de Droit Commercial*, 1886-1887, p. 185.

(2) Pierre Hugueney, *Responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*. Tesis. Dijon, 1910, p. 201.

(3) *Obligations*. V. p. 361.

tercera del problema, puede advertirse la introducción en la relación jurídica de un tercer elemento: otra persona—cómplice—, o un objeto distinto—propiedad vecina al camino de hierro—. En esta cuarta posición vamos a examinar: si por razón de un hecho, entre las mismas personas contratantes y con el mismo objeto se puede incurrir en la doble responsabilidad.

La hipótesis fué prevista en el Derecho romano y resuelta afirmativamente: «*Sed et si is qui pignori servum accipit, occidit eum, vel vulneravit, lege Aquilia et pignoratitia convenire potest*» (1), es decir, el acreedor que mata al esclavo recibido en prenda, queda sujeto a la acción del contrato y a la acción de la ley Aquilia. Igualmente puede decirse del arrendatario de mulas que las hiere cargándolas excesivamente (2) y del médico que amputa torpemente a un esclavo (3). Esta cuestión tenía gran interés en el Derecho romano, porque por la *actio Aquiliae* podía perseguirse el mayor valor de la cosa en un año o en un mes, según que estuviese reprimido el daño por el capítulo primero o el tercero de la expresada ley.

Actualmente, este problema no se puede presentar; él es simplemente una supervivencia en el Derecho romano clásico, de la sanción delictual de las obligaciones contractuales, que domina el Derecho primitivo. Afirmar, en efecto, la posibilidad del concurso cumulativo de las responsabilidades en el Derecho romano, es desconocer que el contrato es una ley singular para las partes contratantes y que el Derecho común sólo se aplica en ausencia de una disposición especial.

PARTE PRIMERA

CONVENCIONES DE NO-RESPONSABILIDAD AQUILIANA

CAPITULO I

La designación que titula estas páginas parece un tanto extravagante. Las cláusulas de no-responsabilidad delictual se presentan a nuestro espíritu como algo extraordinariamente singular, desprovisto de aplicación práctica. Resulta, en efecto, anómalo con-

(1) L. 18. D. Ad. leg. Aquil. 9, 2.

(2) L. 30, p. 2. D. Loc Cond. 19, 2.

(3) L. 7, p. 8. D. Ad. leg. Aquil. 9, 2.

cebir dos personas extrañas entrando en relación, únicamente para liberarse entre sí de la responsabilidad en que puede incurrir una de ellas respecto a la otra. Una convención de tal naturaleza está reñida con el carácter eventual y fortuito de los daños que a un tercero cualquiera se pueden irrogar.

Acaso, por esta razón práctica, los juristas más eminentes se creen relevados del examen del problema. Si bien su silencio puede justificarse asimismo por la ilicitud notoria de una cláusula de no-responsabilidad en materia delictual, por estimarse comúnmente que los preceptos que rigen ésta son de orden público.

La consideración, sin embargo, de que existen situaciones que exponen de una manera particular a causar ciertos daños, unida al deseo de examinar si las nuevas orientaciones sobre el fundamento de la responsabilidad ejercen alguna influencia renovadora en el modo clásico de resolver el problema, nos han inducido a abordar el tema de la cláusula de no-responsabilidad aquiliana.

* * *

1. ¿Las cláusulas de no-responsabilidad aquiliana, fueron conocidas en el Derecho romano? Un texto de singular interés (L. 27, p. 29, D. Ad. leg. Aquil. 9, 2) induce a responder afirmativamente. El pasaje a que nos referimos dice así: «*Si calicem diatretum fadendum dedisti, si quidem imperibia fregit, damni iniuria temebitur; si vero non imperitia fregit, sed rimas habelas vitiosas, potest esse excusatus; et ideo plerumque artifices convenire solent, quam eismodi meteriae dantur, non periculo suo se facere; quam res ex locato tollit actionem et Aquiliae.*»

La ilicitud de un pacto que impide el nacimiento de la *actio legis Aquiliae* es, por tanto, formalmente proclamada en el Derecho romano. Pero no podemos, sin embargo, fundar en este texto un argumento histórico en pro de la validez de las cláusulas de no-responsabilidad, porque la hipótesis prevista en las Fuentes, es en absoluto extraña al Derecho moderno. El pasaje comentado se refiere a un contrato en el que existe un concurso cumulativo de responsabilidades, y en el que por un pacto puede exonerarse el deudor de esta doble responsabilidad. Claro es que en este texto podría fundarse la afirmación de que la ley *Aquiliae* no tenía en todos los casos carácter imperativo en Derecho romano. Pero esta

aserción sería preciso justificarla con una serie de datos que no poseemos.

* * *

2. En el Derecho actual, el problema puede plantearse así: una persona responsable por aplicación de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, ¿puede eludir la responsabilidad invocando un convenio previo de exoneración celebrado con la víctima?

Esta cuestión ha sido poco estudiada, y los escasos autores que ligeramente la examinan contestan con la negativa, por estimar que la cláusula de no-responsabilidad delictual está en oposición con el orden público, al cual no puede derogar la convención privada. «*Privatorum conventio iuri publico non derogat*» (1). «*Pacta quoe contra leges constitutionesque vel contra bonas mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est*» (2).

Así, Planiol escribe: «Las cláusulas de no-responsabilidad en materia de delitos son siempre nulas, porque los deberes sociales que sanciona el artículo 1.382 son de orden público» (3). De la misma manera de pensar participa Sainctelette, el cual señala, desde este punto de vista, una diferencia esencial entre las dos clases de responsabilidad, o más bien, según su propio lenguaje, entre la responsabilidad y la garantía: «Las cláusulas elisivas y las cláusulas limitativas de la responsabilidad son nulas; las cláusulas elisivas y las cláusulas limitativas de la garantía, son válidas» (4). Y Sainctelette justifica así su primera afirmación: «Lo que la ley ordena debe ser hecho; lo que ella prohíbe no lo puede ser. Este es un principio absoluto, y el legislador no puede tolerar que su voluntad sea desconocida por los grupos ni por los individuos, ni por medio de movimientos concertados, ni por medio de movimientos aislados. Las convenciones contrarias a la ley no son más que violaciones veladas de la paz pública. Los que las acuerdan no son contratantes, sino cómplices. Ellos carecen de facultades para reglar el orden en la más ínfima medida. No pueden ni aun renunciar a la protección de la ley. Así, nosotros, no podemos convenir por anticipado que, yo podré, por ejemplo, incendiar

(1) Fr. 45. D, *de reg. iuris* 50. 17.

(2) L. 6. 30. C, *de pactis* 2, 3.

(3) *Droit Civil*, II, núm. 882, p. 308.

(4) *De la responsabilité et de la garantie*. 1884, p. 17.

vuestra casa, sin quedar obligado a la reparación. Porque no es vuestra voluntad, ni la mía, ni las dos reunidas, las que deciden que vuestra casa no pueda ser incendiada : es la voluntad pública» (1).

3. Hemos dicho en el capítulo primero de nuestra Memoria, y es oportuno recordarlo aquí, que la diferenciación de las normas imperativas y permisivas es compleja y delicada desde dos puntos de vista : primero, en su aplicación práctica ; segundo, en su justificación teórica.

La misión del jurista, agregábamos, no se limita a una labor de interpretación ; después de declarar la naturaleza imperativa de una norma, es preciso justificarla, demostrar la *ratio juris* del precepto, la causa, la razón, el motivo del mandato o de la prohibición. Esto supuesto, no es extraño que las transcritas opiniones de Planiol y de Sainctelette no satisfagan plenamente al espíritu. Ellas revelan solamente el carácter imperativo de los preceptos jurídicos que rigen la responsabilidad aquiliana, pero no muestran la justificación teórica de la prohibición legal. Los autores precisados dicen : La cláusula de no-responsabilidad en materia de delitos es nula ; por los artículos 1.382 y siguientes del Código civil francés (análogos al 1.902 y siguientes del español), son de orden público. He aquí toda su argumentación.

4. En un plano de investigación más refinada, debemos citar a Chironi : «Admitir en favor de una persona la inmunidad para las ofensas que pueda cometer, tanto vale como facilitarle un salvoconducto para que las cometa. Es favorecer el dolo, bien de un modo expreso, bien ocultándolo bajo las apariencias de la culpa si el pacto concierne a ésta en sentido estricto ; ahora bien, aquella norma jurídica que rigurosamente reprime la injuria, no puede consentir que privadamente, y por una convención cualquiera, se deroguen las normas generales. Una vez cometida la injuria, el derecho del ofendido se resuelve en el resarcimiento, y puede usar de su derecho en la forma que quiera. Pero hasta tanto quede en todo su rigor el criterio general» (2). Según puede advertirse, este autor indica ya la *ratio juris* de la prohibición : la cláusula de no-responsabilidad aquiliana es una invitación *ad delinquendum*.

(1) Op. cit., loc. cit.

(2) *Culpa Extra-Contractual*, II, núm. 550, p. 588.

5. Esta manera clásica de considerar el problema, es un corolario de las doctrinas tradicionales sobre el fundamento de la responsabilidad. En el capítulo tercero de esta Memoria, hemos mostrado las profundas transformaciones que ha sufrido el fundamento de la responsabilidad por la introducción de la teoría del riesgo. En estas condiciones, es natural que la solución clásica que prohibía liberarse convencionalmente de la responsabilidad aquiliana nos parezca hoy menos segura.

6. Es oportuno consignar que la antigua doctrina civilista admitía hipótesis—y estas hipótesis existen todavía hoy—, en las cuales la responsabilidad legal reposaba, no sobre una idea de culpa propiamente dicha, intencional o no, sino sobre una presunción de culpa. En tales supuestos, se plantea la cuestión de saber si es posible modificar, por un acuerdo previo, las consecuencias de la responsabilidad legal. Porque, como dice Demogue: «El principio de que la irresponsabilidad de los delitos es contraria al orden público, si es exacto para los hechos intencionales, no lo es en cambio para las imprudencias ligeras que todo el mundo puede cometer» (1).

Nosotros nos remitimos, en tal orden de ideas, a una sentencia francesa (Cour de Pau, 15 de Noviembre de 1886, S. 1887. 2. 184). Varios propietarios habían puesto sus animales a pastar juntos: uno de éstos, conocido particularmente por su indocilidad, hirió a otro. Sin ninguna duda, la responsabilidad fundada en el artículo 1.385 del Código civil francés, debía aplicarse en principio; el texto se aplica sin distinguir si el daño ha sido causado a las personas, a los animales o a las cosas de otro. Sin embargo, ¿no puede decirse—y este razonamiento se ha sostenido ante la Corte de Pau—que cada uno de los propietarios, al consentir poner en común para el pasto animales de carácter diverso, ha renunciado tácitamente a la protección del artículo 1.385? No se intentaría, seguramente, invocar una idea de este género si se tratase de una responsabilidad verdaderamente fundada sobre la culpa. Mas aquí, la responsabilidad está fundada sobre una idea de presunción de culpa, es decir, sobre una noción no muy alejada de lo que hoy se denomina riesgo.

(1) *Obligations*. V. p. 472.

La Corte de Pau ha mantenido la aplicación del artículo 1.385, pero ella no ha rechazado absolutamente el razonamiento. Reconoce en sus Considerandos que una convención que tendiera en una hipótesis de este género a exonerar al propietario del animal de la responsabilidad del artículo 1.385, sería lícita, pero ella añade que esta convención sólo se comprendería si los animales puestos a pastar juntos son del mismo carácter. Y como el animal que había herido a otro era conocido y reputado en toda la región por su fiereza, no podía presumirse el convenio de liberación en el caso presente. Es decir, la Corte de Pau mantuvo la aplicación del artículo 1.385 únicamente por una razón de hecho.

Invocado el mismo argumento en una hipótesis análoga, la Corte de Rouen (8 de Agosto de 1903, S. 1904, 2. 282) lo ha rechazado más abiertamente, porque las consecuencias de hecho no permitían dejar a esta pretendida exoneración de responsabilidad, ni aun el lugar mínimo que ella ocupaba en la sentencia de la Corte de Pau (1).

* * *

7. Vamos a proceder ahora al examen de un aspecto del problema, que presenta gran interés práctico; nos referimos a la posibilidad de reducir convencionalmente la responsabilidad de los dueños o directores de una empresa por sus dependientes (artículo 1.903 del Código civil). Sabido es que la cualidad jurídica del dueño deriva de un acto voluntario—arrendamiento de servicios—, y esto sentado, ocurre preguntar: ¿Pueden las partes modificar los efectos legales de la cualidad jurídica respecto a los terceros, atenuando y aun suprimiendo la responsabilidad?

A este propósito, se ha invocado siempre el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1.903 del Código civil español; pero la jurisprudencia francesa, en la interpretación de un texto análogo (artículo 1.384, p. 3), ha introducido importantes reservas y atenuaciones, cuyo valor y alcance es oportuno determinar.

En principio, la jurisprudencia francesa reconoce la naturaleza imperativa de la responsabilidad del comitente: reunida la requisitación exigida para el nacimiento de la cualidad jurídica, de

(1) V. *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1925, pp. 106 y sigs.

dueño o de empresario, la responsabilidad legal reacciona y anula toda cláusula de exoneración. Esta es la afirmación rigurosa y absoluta del carácter imperativo de la responsabilidad legal. Pero en ciertos casos, la voluntad de las partes, puede suprimir uno de los elementos cuya concurrencia es necesaria para que surja la cualidad.

No puede hablarse en semejantes hipótesis de un convenio de no responsabilidad, sino de una modificación de la relación subjetiva, de donde la responsabilidad nace. Refiriéndose a estos supuestos, escribe Demogue: «De las cláusulas de no responsabilidad, es preciso, ante todo, distinguir las convenciones por las cuales una persona conviene con otra que ésta se encargue, bajo su propia responsabilidad, de tomar todas las precauciones que requiera un cierto estado de hecho, una operación especial. Así, si un adjudicatario de una corta de maderas, conviene con una persona que ella convertirá el bosque en carbón bajo su responsabilidad, si ésta cláusula no disimula un contrato por el cual el carboneador es dependiente de la primera persona, es lícito y debe producir efecto». (Pau, 19 Febrero 1901. S. 1901, 2, 161).

«Igualmente es lícita, como implicando transferencia completa de autoridad, la cláusula, poniendo una máquina y su máquina a la disposición de una persona, estipulando que ella sola responderá de los accidentes que pueda causar a los terceros.» (Poitiers, 30 Noviembre 1903. Ga. Pal., 1904, 1, 148). (1).

De los párrafos transcritos de Demogue, se desprende que la cualidad de dueño o empresario responsable, implica la existencia de ciertas facultades de vigilancia y dirección; cuando éstas pasan a persona distinta, la cláusula insertada en el contrato protege suficientemente al dueño, quien elude toda responsabilidad invocando, no un convenio de irresponsabilidad, sino la cesación de su cualidad jurídica. En tales hipótesis, no nos hallamos en presencia de un comitente irresponsable en virtud de un convenio, sino de un comitente habitual que decae y es suplantado por un comitente de ocasión.

FAUSTO VICENTE GELLA.

Abogado.

(1) *Obligations*. V, p. núm. 1.187, p. 450.