

LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

*José Ramón de Verda y Beamonte**

RESUMEN

El presente trabajo analiza la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad, distinguiendo, según que se trate de cláusulas incluidas en contratos, exclusivamente sujetos al *Código Civil*, o, por el contrario, de cláusulas incorporadas a contratos, también sujetos a la legislación de protección de los consumidores. En particular, se analizan las cláusulas incluidas en los contratos de *leasing*, garaje y transporte de personas; así como las que suelen acompañar a algunos contratos bancarios, como son las que excluyen la responsabilidad de los bancos por pago de cheques falsos o por operaciones realizadas con tarjetas de crédito perdidas o sustraídas.

33

ABSTRACT

The current work analyzes the matter of exoneration clauses validity and responsibility limitation, distinguishing when dealing with clauses included in contracts subject exclusively to the *Civil Code* or to the opposite, with clauses incorporated to contracts, also subjected to Consumer's Protection Law. Specifically the clauses analyzed are the clauses included in the contracts of leasing, garaging and people's transport and also those that usually accompany some banking contracts, such as the ones that exclude banks' responsibility for payment of counterfeit checks or by operations performed with lost or stolen credit cards.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

A primera vista, las cláusulas convencionales de exoneración y limitación de responsabilidad resultan un tanto paradójicas, ya que plantean problemas de conciliación con la idea, comúnmente aceptada, de que la noción de obligación

* Profesor titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia.

presupone no sólo la existencia de una deuda sino, también, la responsabilidad del deudor por la falta de cumplimiento o por la defectuosa ejecución de la prestación. ¿Qué obligación jurídica sería, en efecto, aquella, en la que el deudor no hubiera de responder frente al acreedor, con todos sus bienes, presentes y futuros, de los daños ocasionados por su incumplimiento? La obligación carecería de efectividad, pues su cumplimiento quedaría al puro arbitrio del deudor, lo que supondría la decadencia del contrato como instrumento de autonomía privada, ¿quién contrataría, si no supiera que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor una serie de remedios para obtener la satisfacción de su interés en la relación obligatoria, cuando tal interés es lesionado por el incumplimiento del deudor.

De ahí que el artículo 1.101 del *Código Civil* establezca que: “Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”. Y correlativamente, el artículo 1.911 del *Código Civil* establece el principio de garantía patrimonial universal del deudor, al disponer que: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

34 De lo expuesto se deduce claramente la invalidez de una cláusula, en la que se exonerara al deudor de todo tipo de responsabilidad por la falta de cumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de la prestación. Por lo tanto, en el tema que nos ocupa, la cuestión que se plantea es la de determinar los límites dentro de los cuales será admisible un pacto de exoneración (parcial) o limitación de responsabilidad del deudor¹.

¹ El tema de las cláusulas de exención y limitación de responsabilidad no ha sido objeto de excesiva atención por parte de la doctrina científica española.

Al respecto, existe una monografía, ya clásica: M. GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965. Más recientemente han aparecido otras monografías, que, en particular, estudian el tema de las modificaciones convencionales de responsabilidad en el ámbito del Derecho de Consumo: N. ÁLVAREZ LATA, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998 y A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2ª ed., Pamplona, Aranzadi, 2002.

Hay algunos trabajos, también clásicos, que, directa o indirectamente, abordan el tema que nos ocupa: F. DE CASTRO Y BRAVO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XIV, fascículo II, abril-junio, MCMLXI, p. 295 y ss. (ver, en particular, pp. 335-337); F. DE CASTRO Y BRAVO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXV, fascículo IV, octubre-diciembre, MCMLXXXII, p. 1.057 y ss. (ver, en particular, 159-1.061); J.M. GONZÁLEZ PORRAS, “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1978, p. 477 y ss.; F. JORDANO FRAGA, “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, p. 603 y ss.; R.M. ROCA SAS-

Al fijar estos límites, hay que distinguir, según que el pacto se inserte en un contrato en el que las partes se hallen en una posición de sustancial igualdad real o, por el contrario, se trate de un contrato en el que una de las partes se halle en una posición dominante, siendo la otra un consumidor, que se limita a aceptar las cláusulas predispuestas por el empresario oferente, sin posibilidad de discutir las cláusulas contenidas en el contrato de adhesión.

La razón es clara, en el primer caso es posible la determinación convencional del contenido del contrato, por voluntad de ambas partes, de modo que es de suponer que, en principio, las cláusulas de exoneración (parcial) y limitación de responsabilidad han sido libremente aceptadas; y que, incluso, tienen alguna contrapartida como, por ejemplo, el pago, por parte del acreedor, de un precio más bajo o la posibilidad de obtener un servicio, en el que quien lo presta corre un alto riesgo de no satisfacer el interés del acreedor, por lo que el deudor sólo se obliga a realizarlo, si se le garantiza que sólo responderá dentro de ciertos límites, ante las situaciones de incumplimiento o cumplimiento defectuoso². Por el

TRE y J. PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho Privado*. I: *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, pp. 174-188.

Por lo que se refiere a comentarios al *Código Civil*, véase F. BADOSA COLL, “Comentario al artículo 1102 del Código civil”, en AA.VV., *Comentario del Código Civil* (dirigido por C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo y Ponce De León y P. Salvador Coderch), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, tomo II, en particular, p. 38; “Comentario al artículo 1103 del Código civil”, en *op. cit.*, tomo II, en particular, p. 39; asimismo, A. CARRASCO PERERA, “Comentario al artículo 1102 del Código civil”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigido por M. Albaladejo), Madrid, Edersa, 1989, tomo XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del *Código Civil*, en particular, pp. 464-475; véase, también, S. DÍAZ ALABART, “Comentario al artículo 1103 del Código civil”, *op. cit.*, en particular, pp. 576-585.

En los manuales, hay referencias, más o menos extensas, al tema. Cfr., M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, II: Derecho de obligaciones*, 7ª ed., Barcelona, Bosch, 1983, volumen primero: “La obligación y el contrato en general”, pp. 166-168, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, 10ª ed.), Madrid, Reus, 1967, tomo III: “Derecho de obligaciones. La obligación y contrato en general”, pp. 171, 208-209, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 5ª ed., Madrid, Civitas, 1996, vol. II: “Las relaciones obligatorias”, pp. 615-617; L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 8ª ed., Madrid, Civitas, 1999, vol. II: “El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual”; J. DELGADO ECHEVARRIA, “El incumplimiento”, en J.L. Lacruz Berdejo, F. Sancho Rebullida, F. Delgado Echeverría y F. Rivero Hernández, *Derecho de obligaciones*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1985, vol. I, Parte General: “Delito y cuasidelito”, pp. 238-240; V. MONTÉS PENADÉS, “La responsabilidad por incumplimiento”, en A. López, V. Montés y E. Roca, *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 162; L. PUIG FERRIOL, M. GETE-ALONSO, J. GIL RODRÍGUEZ, J.J. HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 1996, II: “Derecho de obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato”, pp. 314-315; V. TORRALBA SORIANO, *Lecciones de Derecho Civil*, Barcelona, PPV., 1984, vol. 2, pp. 514-515.

² Ésta es la razón que, históricamente, justificó la aparición de cláusulas de limitación de responsabilidad en el contrato de transporte y la que explica las actuaciones y limitaciones legales de responsabilidad del transportista establecidas en cada sector del transporte por su normativa específica, a las que nos referiremos en ulteriores notas a pie de página.

contrario, en el segundo caso, no hay discusión del contenido del contrato, de modo que no se puede decir que la cláusula de exoneración (parcial) o de limitación de responsabilidad sea fruto de la autonomía privada, sino, más bien, consecuencia de la imposición de la parte económicamente más fuerte a la más débil, de modo que el Estado ha de intervenir para proteger a esta última.

A efectos expositivos, distinguiremos, pues, según que nos encontremos ante contratos exclusivamente sujetos al *Código Civil* (o al *Código de Comercio*) o ante contratos sujetos también a la ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

II. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL *CÓDIGO CIVIL*

Desde la perspectiva del *Código Civil*, el estudio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad ha de partir de la distinción entre los dos criterios generales de imputación de responsabilidad existentes en nuestro Derecho, esto es, el dolo y la culpa.

1. Responsabilidad por incumplimiento doloso

36

Distinguiremos, a efectos expositivos, entre las cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad por incumplimiento doloso, recordando que dicha forma de incumplimiento tiene lugar cuando el deudor incumple su obligación, de modo consciente y voluntario, sin que sea necesario un específico propósito de dañar al acreedor³.

A) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad

La posición del *Código Civil* respecto a las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo del deudor es clara. El artículo 1.102 afirma que: “La responsabilidad procedente del dolo es exigible en toda clase de obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula”.

³ Así resulta de la jurisprudencia. La STS, 15 de marzo de 1934 (RJ, 1934, p. 462) define el dolo como el: “propósito consciente intencionado de eludir el cumplimiento de las obligaciones”. La STS, 9 de marzo de 1962 (RJ, 1962, p. 1.230) afirma que para la existencia del dolo: “no hace falta la intención de perjudicar o dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, conscientemente, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico, que con su actividad ejecuta algo que le está prohibido por el ordenamiento jurídico y hace lo que no debe hacer, debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados, que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia de la acción”.

Por lo tanto, en el Derecho español, al igual que en el común de los ordenamientos jurídicos (cfr., así, artículo 1.229 del *Código Civil* italiano, artículo 100 del *Código* suizo de las obligaciones o parágrafo 276 del *Código Civil* alemán), las cláusulas que exoneren al deudor de responder, en caso de incumplimiento doloso de la obligación, son nulas de pleno Derecho (en el sentido del artículo 6.4º del *Código Civil*), siendo el precepto transcrito una norma imperativa, que trata de proteger, tanto el orden público como la moral social⁴.

- a) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad, procedente de dolo, son contrarias al orden público económico, porque, siendo el dolo el máximo grado de incumplimiento posible de una obligación, dichas cláusulas suponen eximir al deudor de todo tipo de responsabilidad por la falta de

⁴ Una precisión. En la realidad práctica difícilmente encontraremos una cláusula en la que expresamente se exonere al deudor de responsabilidad en el caso de incumplimiento doloso.

Puede ser, en cambio, posible encontrar una cláusula en la que genéricamente se exima al deudor de tipo de responsabilidad por la falta de cumplimiento de la obligación. La consecuencia que, en este supuesto, cabe extraer del artículo 1.102 del *Código Civil* es la falta de validez de dicha cláusula respecto del incumplimiento doloso.

La STS, 4 de julio de 1953 (RJ, 1953, p. 2.017) contempló una cláusula de este tipo. En el origen de la litis se halla la demanda de resarcimiento de daños derivados de la muerte y de las lesiones sufridas por dos pasajeros de un tren, que sufrió un accidente, por el que el conductor del tren fue condenado penalmente a veinte años de reclusión. La pretensión de resarcimiento de la responsabilidad civil derivada del delito se encontró con la oposición de la compañía de ferrocarril, la cual alegaba, que, al ser los pasajeros accidentados familiares de un trabajador de la Red Nacional de Ferrocarriles, viajaban con un billete gratuito, en cuyo dorso figuraba una cláusula de exoneración de responsabilidad, en la que se hacía constar que el billete se concedía con la expresa condición de que la compañía ferroviaria “no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocasionarse al porteador del mismo”. No obstante, la existencia de dicha cláusula, la sentencia recurrida condenó a la compañía ferroviaria al pago de una indemnización de daños y perjuicios, sentencia, que fue confirmada por el Tribunal Supremo en los siguientes términos: “nuestro Código Civil admite la libertad de estipulación en el artículo 1255, al reconocer que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, lo cual equivale a expresar que la libertad contractual no es omnímoda, sino que por razones superiores, impuestas forzosamente para regular la coexistencia dentro de la sociedad civilizada, la restringen, y este carácter limitativo lo establece igualmente el artículo 1102 al declarar nula la renuncia de la acción para hacerla efectiva la responsabilidad procedente de dolo; pero aquí nos hallamos en el caso de resolver si la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad civil es viable en materia penal; no ofrece duda de que lo es después de cometido el delito según la Ley de Enjuiciamiento Criminal; pero, realizada con anterioridad a la posible comisión delictiva, el contenido de la cláusula transcrita precisa enmarcarlo en hechos de la magnitud de muertes o tan graves lesiones como las sufridas por la actora y existe una condena penal, demostrativa de voluntad contraria a derecho en el actor de la infracción delictuosa y presuponer la renuncia por anticipado de la indemnización correspondiente equivaldría a admitir un quebranto grave de los principios morales que nos rigen y en estos términos la cuestión debatida de la exoneración de responsabilidad civil nacida de delito, antes de realizarse éste, carece en absoluto de eficacia legal”.

cumplimiento de aquélla (si éste no responde del incumplimiento doloso, con mayor razón no responderá del incumplimiento culposo o negligente). Estas cláusulas suponen, pues, un ataque frontal a la figura del contrato, concebido como un precepto de autonomía privada, a través del cual se opera el intercambio de bienes y servicios en una economía de mercado⁵, oponiéndose al principio cardinal del Derecho patrimonial, expresado en el artículo 1.091 del *Código Civil*, según el cual: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes, y deben ser cumplidas a tenor de los mismos”, y a una de sus consecuencias más emblemáticas, formulada en el artículo 1.256 del *Código Civil*, según el cual “La validez y el cumplimiento de las obligaciones no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes”⁶.

⁵ Como dice GARCÍA AMIGO (n. 1), p. 139, suprimir la responsabilidad por dolo “es suprimir el contrato mismo”; y añade: “se estaría yendo contra las bases de la organización social vigente, es decir, contra el orden público”.

⁶ ALBALADEJO (n. 1), pp. 166-167, al comentar la invalidez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo, observa: “Ordinariamente se considera que la razón de la imposibilidad se halla en que sería inmoral tolerar lo contrario, aunque sólo fuese porque podría inclinar a ser doloso al deudor que se sabe de su impunidad. Mas, independientemente de este razonamiento, hay uno más contundente: admitir la exención de responsabilidad por dolo, sería dejar el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor (que podría incumplirla si quisiese); lo que –conceptualmente equivaldría realmente a ‘no obligarle’ a nada– y –positivamente– choca con el texto legal que proclama que el cumplimiento de los contratos –de las obligaciones, se puede decir– no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. BADOSA COLL, (n. 1), p. 38, afirma que: “legitimar el dolo equivaldría a otorgar plena ‘discrecionalidad’ al deudor respecto de (...) el cumplimiento de la obligación”; y añade: “una ‘discrecionalidad’ de este tipo sería la negación de la vinculación jurídica del deudor”. CARRASCO PERERA (n. 1), p. 468, explica que el artículo 1.102 CC: “se fundamentó históricamente en el deseo de ‘no dar carrera al hombre para hacer mal’ según expresión de la Partidas. En el sistema interno del Código civil –prosigue– puede completarse esta justificación con dos fundamentos concretos. 1) La posibilidad de pactar la exclusión del dolo supondría la admisibilidad de un acto ilícito. 2) La prohibición de excluir el dolo responde al mismo principio que los artículos 1115 y 1256; admitir la irresponsabilidad por dolo sería tanto como permitir que el contrato y su cumplimiento quedara al arbitrio de uno de los contratantes”. DELGADO ECHEVARRIA (n. 1), p. 239, al constatar que el artículo 1.102 del *Código Civil*, declara la nulidad de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo, afirma: “En efecto, lo contrario supondría dejar el cumplimiento al arbitrio del obligado”. GARCÍA AMIGÓ (n. 1), pp. 138-139, afirma: “Ante todo, las convenciones de atenuar la responsabilidad procedente de dolo irían contra el orden público, en cuanto dejarían sin eficacia el principio del ‘pacta sunt servanda’, base de la contratación privada y sobre el cual se apoya el tráfico jurídico en los países de economía de libre mercado. Por otra parte, una cláusula semejante destruiría el concepto mismo de obligación como tal relación jurídica, convirtiéndolo en una simple obligación natural sin garantía jurídica alguna. Además, una cláusula del género equivaldría a la inserción en la obligación de una condición meramente potestativa, prohibida por el artículo 1115 del Código civil, haciendo depender del cumplimiento de la voluntad del deudor; chocando también con el artículo 1256

- b) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo son también contrarias a la moral, límite de la autonomía privada contractual, según resulta del artículo 1.255 del *Código Civil*. Es, así, contrario a la moral un pacto tendente a posibilitar que quien dolosamente incumple una obligación se vea exonerado de responder de las consecuencias dañosas que ese incumplimiento ocasiona el acreedor⁷. El abstenerse de incumplir, voluntariamente y conscientemente, un vínculo jurídico libremente asumido es una conducta moralmente reprochable en la normal convivencia de las personas honestas. Ello justifica que, como resulta del artículo 1.107 del *Código Civil*, mientras el deudor negligente sólo responde de los daños “previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”, el deudor doloso, responde “de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”⁸.

del propio Código, cuando preceptúa que ‘la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes’”. ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU (n. 1), p. 179, exponen lo siguiente: “Resulta del art. 1102 que está terminantemente ‘prohibida la exclusión de la responsabilidad’ en caso de dolo. La exoneración equivaldría a la supresión del vínculo (art. 1256)”.

⁷ Observa Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 1), p. 616: “que las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo deben considerarse como inadmisibles, pues supondrían permitir la libre comisión de un ilícito”. En sentido parecido, afirma MONTES PENADÉS (n. 1), p. 152, que la norma contenida en el artículo 1.102 del *Código Civil*, que veta la exoneración por dolo, “se halla en la línea tradicional de estimar que el dolo es un ilícito y la acción de dolo una acción ‘ex delicto’”.

⁸ La oposición a la moral de las cláusulas de exoneración de responsabilidad procedente de dolo explica que la no admisión de este tipo de cláusulas haya sido una constante histórica. En las fuentes romanas encontramos diversos textos contrarios a los pactos de exoneración de responsabilidad por dolo, recogiendo como indubitada la opinión de que no son admisibles por ser contrarios a la buena fe y a las buenas costumbres. Se dice, así: “Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt quidam et dolum et culpam (...) nam hoc servabitur quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est; et ita utimur” (ULPIANUS, D. 50.17.23, pr., “De diversis regulis iuris antiqui”). La misma opinión, y con el mismo argumento, se expresa, a propósito del depósito y del comodato: “Si convenit, ut in deposito et culpa lata praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo non sequenda est”. (ULPIANUS, D. 16.3.1.7, “Deposito vel contra”); “In commodata haec pacta, ne dolum praestetur, rata non est” (PAULUS, D. 13.6.17, pr., “Commodati vel contra”).

Por cuanto concierne a nuestro Derecho Intermedio en parte v, título xi, ley 29, encontramos un rechazo explícito, por razones de tipo moral (no “dar carrera a los omes, de fazer mal”), de las cláusulas preventivas de exoneración de responsabilidad por dolo, en relación con el mayordomo o despensero, que, sin embargo, se acaba extendiendo a todo tipo de re-

Evidentemente, como expresamente prevén el artículo 1.229 del *Código Civil* italiano, el artículo 100 del *Código Civil* suizo de las obligaciones o el parágrafo 276 del *Código Civil* alemán, la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad se refiere exclusivamente a los pactos de renuncia previa, esto es, a los que tienen lugar con anterioridad al incumplimiento de la obligación, hecho que determina el nacimiento de la responsabilidad del deudor⁹.

Es indiferente que tales pactos se hayan estipulado en el momento de la celebración del contrato, esto es, incluyéndose en él como una de sus cláusulas o, por el contrario, hayan sido estipulados con posterioridad a la celebración del mismo, en un documento separado.

En cambio, no suscita ninguna duda, la validez del pacto, por el que el acreedor renuncia al derecho a reclamar la responsabilidad por dolo del deudor, si tal pacto tiene lugar después de haber tenido lugar el incumplimiento¹⁰. Dado que el acreedor no está obligado a ejercitar la acción tendente a hacer

laciones. Se afirma, así: “Condicion, o prometimiento faziendo algun ome a su mayordomo, o a su despensero, que non le demandasse engaño, nin furto que le fiziesse dende adelante; non valdria tal pleyto ni tal promission. E esto es, porque tales pleytos podrian dar carrera a los omes, de fazer mal: e no deuen ser guardados. E esto dezimos, que se deue entender desta guisa; que non vala el pleyto, nin la promission en los engaños, e en los furtos que pudieran fazer despues del dia en que fue hecha la promisión. Mas los otros que ouiesse ya fechos en ante de la promisión, bien se podrían quitar por pleyto, o por postura, que faga a aquel a quien los fizo, de nunca gelos demandar. E a lo que dize en esta Ley de los mayordomos, e de los despenseros, entiendese tambien de todos los otros omes que tal pleyto, o promission fiziesse entre si, sobre cualquier fecho que sea semejante destos”.

Para Gregorio LÓPEZ, Las *Siete Partidas* del sabio rey Don Alfonso el Nono, glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Madrid, 1789, tomo II, que contiene la III, IV y V Partida, p. 802, glosa 1, el pacto preventivo de exoneración de responsabilidad por dolo sería: “contra bonos mores”, no, en cambio, el pacto preventivo de exoneración de responsabilidad por culpa, afirmando que: “quòd culpa futura remitti postest”. El mismo principio de invalidez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo lo encontramos en el artículo 1.012 del Proyecto de Código Civil de 1851, que decía: “La responsabilidad procedente de dolo tiene lugar en todos los contratos. Cualquier pacto en que se renuncie para el futuro el derecho de reclamarla es nulo”.

El precepto del *Proyecto* recogía de modo más exacto el Derecho Histórico que el artículo 1.102 del *Código Civil*, al precisar que la nulidad de los pactos de exoneración de responsabilidad por dolo se refiere, exclusivamente, a los pactos preventivos y no, a los que tienen lugar después de producirse el incumplimiento.

F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias. Motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, tomo III, pp. 48 y 49, justifica el precepto del *Proyecto* en el Derecho Romano y en las *Partidas*, afirmando que el pacto preventivo de exoneración de responsabilidad por dolo “es contrario a las buenas costumbres, y como tal está comprendido en el artículo 994”.

⁹ En este punto, el artículo 1.012 del *Proyecto del Código Civil* de 1851, transcrito en la anterior nota, era más preciso que su precepto correlativo, esto es, el artículo 1.102 del *Código Civil*.

¹⁰ Cfr., ALBALADEJO (n. 1), p. 167; ÁLVAREZ LATA (n. 1), p. 149; BADOSA COLL (n. 1), p. 38; CARRASCO PERERA (n. 1), p. 468; JORDANO FRAGA (n. 1), p. 645; SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), p. 114.

efectiva la responsabilidad del deudor, y, si quiere, puede no ejercitarla, nada le impide pactar la renuncia al ejercicio de dicha acción, a cambio, por ejemplo, del compromiso de aquél de proceder al cumplimiento inmediato del contrato o de entregarle una cantidad de dinero, en concepto de indemnización, menor a la que previsiblemente se fijaría en una sentencia de condena, evitándose, así, la dilación inherente al proceso judicial.

La nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad por dolo no lleva aparejada, en principio, la nulidad de todo el contrato, sino que éste, por aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, del que es corolario la doctrina de la nulidad parcial, conservará su validez¹¹. La cláusula nula será sustituida por lo dispuesto en la norma imperativa vulnerada, esto, es, por el artículo 1.102 del *Código Civil*, de modo que el acreedor insatisfecho podrá hacer efectiva la responsabilidad del deudor, a no ser que el juzgador llegue a la conclusión de que las partes (ambas) no hubieran celebrado el contrato sin la cláusula nula, conclusión, extraña, a la que, sin embargo, habrá que llegar, si la desaparición de la cláusula de exoneración afecta considerablemente al equilibrio de las prestaciones, en cuyo caso la nulidad de dicha cláusula comportará la del entero contrato¹².

41

¹¹ ÁLVAREZ LATA (n. 1), p. 149, afirma lo siguiente: “El artículo 1102 C.c. no está destinado únicamente a las cláusulas exoneratorias –aquellas que comprendan una renuncia total– sino que extiende su radio de acción a las limitativas, a las renunciaciones parciales. En efecto, cuando el artículo 1102 C.c. señala que ‘la renuncia a la acción para hacerla efectiva es nula’, prescribe la nulidad de cualquier tipo de renuncia que determine la ineffectividad de la acción de responsabilidad en el supuesto de dolo, ya sea porque la haga ineffectiva totalmente ya porque la ineffectividad sea parcial o limitada”. CARRASCO PERERA (n. 1), pp. 464-465, afirma que: “la sanción de nulidad de la cláusula de exoneración por dolo es sólo parcial, instituto éste de la nulidad parcial que en este preciso campo ha sido propuesto y defendido por la mejor doctrina”. GARCÍA AMIGO (n. 1), p. 257, observa lo siguiente: “En nuestra opinión, el contrato que contenga pactos de no responsabilidad, cuando éstas sean nulas por ir contra el Derecho imperativo, el orden público o las buenas costumbres, no quiere decirse todavía que sea nulo todo el contrato, sino que éste sigue siendo válido, pero substituyéndose automáticamente las cláusulas limitativas de responsabilidad nulas por el derecho legal”.

¹² Ésta es la solución sancionada en el ámbito del Derecho de Consumo por el número segundo del artículo 10 bis de la ley 26/1984, de 24 de julio, de 1984, General para la defensa de los consumidores y usuarios, que declara que: “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas” las cláusulas abusivas, entre las que, sin duda, hay que entender incluidas, que establezcan una exoneración de responsabilidad por dolo (subsumibles en el número noveno del apartado II la disposición adicional primera de la ley), precisando que la “parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil”, aplicando, pues, la doctrina de la nulidad parcial, y “sólo cuando las cláusulas subsistentes existen determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsana podrá [el juez] declarar la ineficacia del contrato”.

B) Las cláusulas de limitación de responsabilidad

El artículo 1.102 del *Código Civil* sanciona la nulidad de la “renuncia de la acción” para hacer efectiva la responsabilidad del deudor. Del precepto se deduce la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pero también la de las cláusulas meramente limitativas, las cuales suponen una renuncia, no total, pero sí parcial de la acción (entran, pues, en el supuesto de hecho contemplado por la norma, que declara la nulidad de toda “renuncia”) y, como aquéllas, son contrarias a la moral; ya que no es admisible que quien consciente y voluntariamente incumple la obligación pueda beneficiarse de cualquier limitación convencional de responsabilidad¹³.

¹³ La imposibilidad de que el deudor doloso puede beneficiarse de una limitación convencional de responsabilidad puede apoyarse en la legislación sobre contrato de transporte, la cual suele establecer limitaciones legales de responsabilidad del transportista que, sin embargo, no operan cuando el daño es producido por un incumplimiento doloso.

Así, respecto del transporte aéreo, el artículo 121 de la ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, establece que las limitaciones de responsabilidad previstas en los artículos 117 y 118 de la misma (actualizadas por el real decreto 37/2001, de 19 de enero), por daños causados a los pasajeros y sus equipajes o las mercancías, no rige “si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo”; y el artículo 21 del convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, en su número cuarto, afirma que las limitaciones de responsabilidad previstas en sus números, primero y segundo, respecto al retraso y los daños causados en el equipaje y la carga “no se aplicarán si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes con intención de causar daño”, lo que es una clara referencia al supuesto del incumplimiento doloso.

Respecto del transporte terrestre, el número 4 del artículo 3 del reglamento de ordenación de los trasportes terrestres, aprobado por real decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, prevé que: “Las limitaciones de responsabilidad previstas en los dos primeros puntos de este artículo [por daños, pérdidas o averías en las mercancías, o por retrasos en la entrega de las mismas, así como por los que sufran los equipajes de los viajeros o los encargos de éstos] no serán de aplicación cuando el daño se produzca mediando dolo del transportista”. El artículo 29 del convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, ratificado por instrumento de 12 de septiembre de 1973, prevé que el transportista no tendrá derecho a prevalerse de las limitaciones de responsabilidad por pérdida o avería de la mercancía transportada, establecidas en sus artículos 23 y 25, “si el daño ha sido provocado por dolo” suyo o de sus empleados o dependientes. El artículo 42 del apéndice A al convenio de Berna, relativo a transportes internacionales por ferrocarril, de mayo de 1980, ratificado por instrumento de 16 de diciembre de 1981, que contiene las reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril, establece que las limitaciones legales establecidas en los artículos 30 y 31, por daños en caso de muerte y lesiones de viajeros, y en los artículos 38 a 41, por pérdida, avería o retraso en la entrega de equipajes o vehículos acompañados, no se aplicarán “cuando el daño fuera resultado de dolo” imputable al ferrocarril. El artículo 44 del apéndice B, al mismo convenio de Berna, que contiene las reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercaderías por ferrocarril, prevé que las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos 40, 42 y 43, para el caso de pérdida o avería en la mercancía, o de-

Esta tesis, expresamente sancionada por el artículo 1.229 del *Código Civil* italiano, es aceptada por el común de la doctrina¹⁴ así como por la jurisprudencia, que se muestra contraria a que el deudor doloso pueda beneficiarse de las cláusulas penales, en la que las partes determinan previamente el importe de la responsabilidad por incumplimiento, entendiéndose que el deudor que incumple dolosamente, por aplicación del artículo 1.007 del *Código Civil*, responde de todos los daños, “que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”, considerando, pues, dicho precepto una norma de carácter imperativo.

mora en su entrega, no se aplicarán, si se prueba que el daño tiene su causa en una acción u omisión, cometida por el ferrocarril, “con la intención de provocar dicho daño”.

A propósito del transporte marítimo, el artículo 4, número quinto, letra e) del convenio internacional de Bruselas para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 25 de agosto de 1924, según modificaciones de los protocolos de 1968 y 1979, ratificado por instrumento de 2 de junio de 1930, dispone que el porteador no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad establecida por las letras a) y d), por pérdida o daños en las mercancías, “si se demuestra que los daños se deben a una acción u omisión del porteador que ha tenido lugar (...) con intención de provocar daños”. El artículo 13 del convenio de Atenas, relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 13 de diciembre de 1974, ratificado por instrumento de 22 de septiembre de 1981, prevé que las limitaciones legales establecidas en los artículos 7 y 8, respecto de lesiones corporales y pérdidas o daños en el equipaje (actualizadas por el protocolo de 19 de noviembre de 1976, ratificado por instrumento de 22 de septiembre de 1981) no se aplican “si se demuestra que los daños fueran consecuencia de un acto o de una omisión del transportista, obrando éste con la intención de causar estos daños”; y lo mismo si fueron sus empleados agentes los que procedieron con “la intención de causar esos daños”.

¹⁴ CARRASCO PERERA (n. 1), p. 46, observa que: “El artículo 1102 no sólo excluye la validez de la cláusula de exoneración en sentido propio. Queda igualmente prohibido el pactar un ‘plazo de garantía’ más allá del cual el deudor queda liberado, cuando su responsabilidad resulte provenir de dolo. Es inadmisibles del mismo modo la cláusula anterior al cumplimiento en que las partes ‘cifran la cuantía’ de la eventual responsabilidad, cuando la misma proviene de dolo”.

DELGADO ECHEVARRIA (n. 1), p. 239, afirma que: “La (prohibida) renuncia a la acción incluye toda cláusula de virtualidad exoneratoria, incluidas las limitaciones a la cuantía de la indemnización”. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 1), p. 616, a propósito de la nulidad de la renuncia de la acción de dolo expone que: “Se suele entender, con razón, que esta nulidad comprende no sólo a la que en sentido estricto puede llamarse ‘renuncia’ de la acción, sino también todo tipo de cláusulas o pactos que exoneren al deudor de responsabilidad”. JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 626-627, dice que: “La cláusula penal no puede violar los límites del artículo 1102 del Código civil (ni, se insiste, tampoco los del art. 1.255 del *Código Civil*), pues, de otro modo, bastaría establecer las limitaciones de responsabilidad en forma de cláusula penal ‘fraudulenta’, para eludir la prohibición del artículo 1102 del Código civil”. En la p. 645, reitera la misma idea, considerando evidente que la finalidad del artículo 1.102 CC “trasciende su restringido tenor literal, en el sentido de que se excluye no sólo la exoneración de responsabilidad, sino también la limitación de su cuantía, y que la primera se refiere no sólo a la estricta ‘renuncia de la acción’, sino a toda cláusula de virtualidad exoneratoria”.

La STS, 23 de febrero de 1973 (RJ, 1973, p. 538) contempló una cláusula de limitación de responsabilidad, incluida en un contrato de transporte marítimo de mercancías, en concreto, varias toneladas de manzanas, una buena parte de las cuales llegaron deterioradas, por deshidratación y falta de acidez, debido a que habían sido transportadas a una temperatura inadecuada, varios grados superior a la que se había pactado, reconociendo el demandado que el buque porteador no era idóneo para el transporte de fruta. La sentencia recurrida condenó al armador al pago del valor de la mercancía perdida y al de la ganancia dejada de obtener, prescindiendo en el cálculo de la indemnización de la cláusula contractual que limitaba la responsabilidad del armador a cinco libras esterlinas por bulto o a diez libras por cada mil kilos. En el recurso de casación, el armador mantuvo la aplicabilidad al caso litigioso de la referida cláusula, por entender que era normal en el tráfico marítimo y no contradecir la moral, ni el orden público, por lo que era válida conforme al artículo 1.255 del *Código Civil*. El Tribunal Supremo no acogió dicha argumentación, declarando que:

44

“establecido en la sentencia recurrida que el demandado obró con dolo, la responsabilidad es más amplia que en el deudor de buena fe, alcanzando no sólo a los daños previstos, o que se hayan podido prever en el momento de contraerse la obligación, sino también a todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de aquélla [...] y si el demandado tiene reconocido que aceptó el cargamento en el barco, con conocimiento de que éste no era apto para el transporte de la mercancía por las características de la refrigeración y falta de ventilación de las bodegas, hecho que determinó las averías de la mercancía [...] es evidente que obró consciente de las consecuencias, que de su conducta pudieran derivarse, por lo que cualquier cláusula de limitación de responsabilidad que estableciera, lejos de exculparlo, viene a justificar la calificación dolosa de su conducta [...] supuestos en los que conforme al art. 620 del C. de Com. en relación con el 1102 del C. Civ. determina la ineficacia de la cláusula que se inserta en el motivo, como cualquier otra que integre un pacto de limitativo de responsabilidad”.

La STS, 16 de julio de 1982 (RJ, 1982, p. 4.249) se pronunció también acerca de la aplicación al caso litigioso de una cláusula penal, que limitaba la indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento a cien mil pesetas. En el supuesto contemplado por la sentencia el vendedor de una vivienda había incumplido la obligación de elevar a escritura pública el documento privado de compraventa y de entregar la vivienda al comprador, vendiéndola a un tercero. La sentencia recurrida no aplicó la cláusula de limitación de responsabilidad, por entender que: “declarada la mala fe del vendedor del piso [...] la previsión que en orden a los daños y perjuicios se hizo al tiempo de

constituirse la obligación carece de valor, debiendo en consecuencia responder de los mismos sin límite cuantitativo”. El Tribunal Supremo confirma dicha doctrina, pronunciándose en los siguientes términos:

“la redacción dada por el legislador de 1889 al art. 1107 del C. Civ., ofrece una doble dimensión en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones; en primer lugar, la del deudor de buena fe, aspecto cualitativo caracterizado porque en él la determinación del ‘quantum’ resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes o por ser consecuencia necesaria del incumplimiento; y, en segundo lugar, los supuestos de indemnizaciones derivadas de un específico ‘qual’, el dolo, cuyo trascendencia en orden al ‘quantum’ del resarcimiento no tiene otros límites para el legislador que la realidad y el valor del daño, del perjuicio o de ambos, si se produjeran, no pudiendo en consecuencia venir mediatizada la determinación de su entidad pecuniaria por acuerdo ni pacto alguno, dada la terminante prohibición que a la renuncia de la acción por dolo se establece en el inciso 2º del art. 1102 del C. Civ.”.

En el mismo sentido, se pronuncia la STS, 23 de octubre de 1984 (RJ, 1984, p. 4.971), si bien, en el supuesto litigioso, no se discutía la aplicación de una cláusula de limitación de responsabilidad, sino la cuantificación del daño, realizada por la sentencia recurrida, que para el demandado, el cual había tardado casi tres años en restituir la industria arrendada después de la terminación del contrato de arrendamiento, era excesiva. El Supremo confirma la sentencia recurrida, afirmando que:

45

“el incumplimiento de la prestación debida, con imputable inobservancia de la obligación, impone al infractor el condigno resarcimiento de los daños ocasionados, que en la hipótesis de dolo, existente cuando la trasgresión se produjo voluntariamente y por tanto con plena conciencia de la antijuridicidad del acto [...] el quantum del resarcimiento es pleno o integral, conforme a lo ordenado en el artículo mil ciento siete del Código civil, sin posibilidad de pacto alguno o acuerdo previo para determinar su entidad a tenor del artículo 1102, inciso segundo [...] eco de la regla tradicional non valere, si convenerit, ne dolus praestatur”.

2. Responsabilidad por incumplimiento culposo

Corresponde, a continuación, estudiar las cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad por incumplimiento culposo, que, como dice la vieja STS, 12 de enero de 1928 (J.Civ., tomo 180, 1928, núm. 45) es aquél que se

realiza “libremente y sin malicia, por alguna causa que se pueda y se deba evitar”.

A) Las cláusulas de exoneración de responsabilidad

No es clara la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa, ya que el *Código Civil* nada dice al respecto.

Entre nuestros autores ha sido frecuente justificar la validez de dichas cláusulas con el argumento de que en el artículo 1.003 del *Código Civil*, en el que se afirma que: “La responsabilidad que procede de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones”, no se contiene una previsión semejante a la del artículo 1.102 del *Código Civil*, en la que se declare la nulidad de la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por negligencia del deudor, silencio que suele ser interpretado como un argumento a favor de la admisibilidad de dicha renuncia¹⁵.

Con el mismo fin se ha acudido también al párrafo segundo del artículo 1.104 del *Código Civil*, según el cual: “Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia”. Se ha afirmado, así, que, dado que el precepto permite a los contratantes pactar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones, éstas pueden pactar que no les sea exigible ningún grado de diligencia en dicho cumplimiento, admitiéndose, en consecuencia, la validez general de las cláusulas de exoneración de responsabilidad procedente de culpa¹⁶.

¹⁵ Dice ALBALADEJO (n. 1), pp. 166-167, que los particulares pueden: “al dar vida a una obligación, alterar la regla general, de responsabilidad sólo cuando hay culpa, y de irresponsabilidad si ésta falta, estableciendo que también se responda en esta hipótesis (CC., art. 1.105, ‘a contrario’ o que no se responda en aquélla (CC., art. 1.102, ‘a contrario’). CARRASCO PERERA (n. 1), pp. 464-465, afirma: “El artículo 1102 califica como nula la renuncia a la acción para exigir la responsabilidad por dolo. ‘A contrario’, presupone la norma que es válida la exoneración de responsabilidad por culpa. Esta es la diferencia más manifiesta entre el dolo y la culpa en nuestro sistema”.

¹⁶ Para ÁLVAREZ LATA (n. 1), p. 84, “la responsabilidad del deudor que no incumple dolosamente puede ser válidamente excluida o limitada”. “Se incluyen aquí—prosigue la autora—los supuestos de incumplimiento del deudor negligente”; y concluye: “En especial la posibilidad de graduar la diligencia exigible al deudor, está prevista en el 1104, quedando patente, así, la licencia del ordenamiento jurídico para rebajar la diligencia del buen padre de familia y por tanto para descargar de responsabilidad al deudor que ha incumplido la obligación desatendiendo este grado de diligencia”. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (n. 1), p. 616, parece admitir la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve, cuando afirma que: “Las cláusulas de graduación de responsabilidad mediante expresa determinación de la clase de diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento son válidas y admisibles de acuerdo con el art. 1104 CC. Dicho precepto permite que en la obligación se exprese de manera concreta la diligencia que el deudor debe prestar en el cumplimiento”. GARCÍA AMIGO

En consecuencia, en la doctrina civilista española se ha establecido una clara delimitación: las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo son nulas; las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa son válidas. Sin embargo, lo cierto es que los argumentos a favor de la validez general de cláusulas de exoneración por culpa son discutibles.

El argumento de que el artículo 1.103 del *Código Civil* no contenga una expresa declaración de nulidad de la renuncia de la acción por culpa no significa necesariamente que todos los pactos de exoneración de responsabilidad procedente de negligencia del deudor hayan de ser admitidos, ya que, para decidir si dichos pactos son válidos o nulos, habrá que examinar, si son, o no, conformes

(n. 1), pp. 16-17, dice que el artículo 1.104 del *Código Civil* implícitamente da también un argumento a favor de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad (...) al declarar “que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”. De donde claramente se deduce su posición favorable a que los contratantes puedan pactar una exención de responsabilidad por culpa leve, lo que aparece confirmado cuando en la p. 258 de la misma obra se pronuncia en los siguientes términos: “las convenciones de irresponsabilidad pueden eliminar la culpa leve y las causas de atribución subjetiva cuando dicha eliminación no choque contra el orden público, limitando, en definitiva la responsabilidad a los solos casos de dolo y culpa grave”. GIL RODRÍGUEZ, “Responsabilidad por incumplimiento”, en PUIG FERRIOL, GETE-ALONSO, GIL RODRÍGUEZ, HUALDE SÁNCHEZ (n. 1), p. 314, con base en el precepto mencionado, admite la cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa leve, aunque parece no admitirla en relación con la culpa levísima. Afirma que: “Los presupuestos de imputabilidad del incumplimiento pueden alterarse mediante el pacto que sitúe la ‘diligencia exigible’ por debajo del nivel y grado que correspondería atendiendo el modelo del buen padre de familia en relación con el sector y circunstancia del tráfico en que se desenvuelve la obligación (*vid.* art. 1.104.II inciso)”. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (n. 1), pp. 179-180, entienden igualmente que: “del art. 1104, párrafo 2º, resulta ‘posible la exoneración de responsabilidad por culpa leve’, que es un tipo medio de responsabilidad que no supone una conducta antijurídica, sustraída a la voluntad de las partes”. SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), p. 123, afirma lo siguiente: “con base en el párrafo 2 del art. 1104 del Código Civil podría entenderse que se permite a la autonomía privada de los particulares configurar el modelo de conducta según sus intereses, eligiendo el grado de diligencia que estimen conveniente. Dentro de este margen de libertad individual les es permitido a las partes establecer cualquier pacto, cláusula o condición cuyo contenido consista precisamente en la renuncia a la exigencia de un modelo de conducta especial, incluso el integrado por la diligencia ordinaria, esto es, la diligencia del buen padre de familia, que constituye el grado medio, normal de diligencia que se entiende exigible en defecto de pacto, con el efecto de exonerar al deudor de la responsabilidad derivada de su conducta negligente”. TORRALBA SORIANO (n. 1), pp. 514-515, admite, también con apoyo en el artículo 1.104 CC, la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad por culpa leve (que califica como cláusulas de limitación), aunque parece que considera nulas las de exención de responsabilidad por culpa levísima. Dice, así: Si el precepto “establece que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que corresponde a un buen padre de familia, no cabe duda de que se podría pactar una diligencia inferior a la correspondiente a un buen padre de familia”.

al orden público y a la moral, límites genéricos de la autonomía privada, a tenor del artículo 1.255 del *Código Civil*¹⁷.

El argumento de que el artículo 1.104 del *Código Civil* permite a los contratantes pactar el grado de diligencia que han de prestar en el cumplimiento de las obligaciones tampoco parece decisivo, en orden a afirmar la validez general de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa, pues una cosa es pactar el grado de diligencia exigible en el cumplimiento de una obligación y otra cosa, muy distinta, es pactar que el deudor no haya de prestar ninguna diligencia en su cumplimiento, pacto éste, que creemos que, en principio, no es admisible.

a) Exoneración de responsabilidad por culpa lata

Nos parece indudable que, tal y como hoy sostiene la doctrina mayoritaria, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave (la tradicionalmente denominada “culpa lata”) son inválidas¹⁸.

Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el italiano (cfr. artículo 1.229 del *Código Civil*) o en el suizo (cfr. artículo 100 del *Código de las Obligaciones*), no existe un precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas. No obstante, su nulidad puede fundamentarse en la consideración de que son contrarias al orden público¹⁹. En una socie-

¹⁷ Díez-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202, observan que: “Los pactos que modifican el régimen legalmente establecido son, en principio, válidos y eficaces al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que respeten sus límites: ley, moral, orden público (art. 1255)”. JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 653-654, afirma que: “En el propio artículo 1255 hay otros dos elementos, orden público y moral, que pueden actuar como ‘límite ulterior’ respecto de la norma (legal) general del artículo 102 del Código civil. De forma que las cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad contractual son nulas si resultan contrarias a normas de orden público o a las exigencias ético-sociales imperantes, ‘aunque’ no afecten a la responsabilidad del deudor en los casos de dolo o culpa grave”; y añade: “La nulidad de las cláusulas limitativas opera, pues, por razones de orden público, incluso en el ámbito (culpa leve) que la norma general del artículo 102 deja a la libre disposición particular”.

¹⁸ En la actualidad, la tesis de que no cabe exención de responsabilidad por culpa lata está ampliamente asentada en la doctrina. Cfr., en tal sentido, ÁLVAREZ LATA (n. 1), p. 159; DÍAZ ALABART (n. 1), p. 580; Díez-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202; GARCÍA AMIGÓ (n. 1), pp. 146-147; JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 646-647, MONTÉS PENADÉS (n. 1), p. 152; SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), p. 123, TORRALBA SORIANO (n. 1), p. 514.

Es aislada la opinión contraria de CARRASCO PERERA (n. 1), p. 472, quien considera que: “Cabría exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser ‘vendido’ al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor”; y concluye: “No hay ninguna razón válida que impida al deudor ‘comprar’ una mayor exoneración de riesgos. Naturalmente, es un problema de indagación de la causa negocial concreta”.

¹⁹ CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), p. 171, afirma que: “publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa ‘lata’, ni contiene prohibición de

dad basada en una economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes, interés general, que se vería lesionado de manera intolerable, si se admitiera la posibilidad de pactar la exoneración de responsabilidad de quien en el cumplimiento de sus obligaciones incurriera en un comportamiento, en el que se apreciase una negligencia extrema, rayana al dolo²⁰.

renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo, al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1.102), por más que la palabra 'igualmente', puesta en el art. 1.103, puede ser origen de dudas, opina Manresa que cabe la renuncia de esa acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal 'culpa' y se convierta en 'dolo'" (idéntica posición se mantiene en la edición décimoquinta de la obra, de 1988, puesta al día por G. García Cantero). Esta tesis ha sido abandonada en la actualidad por la práctica totalidad de la doctrina. Parece que hay que interpretar que BADOSA COLL, (n. 1), p. 39, se muestra contrario a la admisibilidad de un pacto de exoneración por culpa lata, cuando, al preguntarse sobre: "si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada de la acción", responde lo siguiente: "la respuesta la da precisamente el art. 1.102 fin, según el cual se puede eliminar la responsabilidad por culpa siempre que no se configure de tal modo que se entre en la impunidad del dolo"; y, más adelante, añade: "suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo de deber de diligencia". Más claramente, DELGADO ECHEVARRIA (n. 1), p. 239, afirma que la prohibición de renuncia a la acción del artículo 1.102 del *Código Civil*: "comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave. No es razón para negarlo el argumento 'a contrario' del artículo 1.103; en último término, el pacto que pretendiera exonerar de la culpa grave sería contrario al orden público (art. 1255)". DÍAZ ALABART (n. 1), p. 580, al tratar de la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa lata, se pronuncia en los siguientes términos: "Contra el orden público parece desde luego, un pacto que en el fondo deja el cumplimiento de una obligación a la voluntad de uno de los contratantes. Prohibición que también recoge específicamente el artículo 1256 del Código civil". DIEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202, en evidente referencia a la culpa lata, observan que: "las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deben estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado". GARCÍA AMIGO (n. 1), pp. 146-147, afirma que: "la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa —como en el caso de dolo—, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materia de orden público". SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), p. 123, al comentar el alcance del artículo 1.104 del *Código Civil*, expone que; "a pesar de esta norma que concede plena eficacia a los pactos modificativos de los modelos legales de diligencia, esta exclusión es rechazable respecto de esa diligencia mínima exigible al individuo medio ('mínima diligencia'), y cuya inobservancia da lugar a lo que tradicionalmente se ha considerado culpa grave ('culpa lata')".

²⁰ GARCÍA AMIGO (n. 1), pp. 147-148, observa que la moral social del siglo veinte no permite la liberación de responsabilidad del deudor que incurra en culpa lata, especialmente en aquellos contratos que tocan de cerca la vida de las personas e incluso en aquellos otros que ponen en

Además, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por “culpa lata” podrían dar lugar, en la práctica, a una total falta de responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación. Es cierto que, teóricamente, estas cláusulas dejarían siempre a salvo la responsabilidad del deudor doloso; pero no lo es menos, que dicha responsabilidad se supeditaría a la prueba, por parte del acreedor, de que el incumplimiento de la obligación se produjo voluntariamente y con plena conciencia de la antijuridicidad del acto, lo que no siempre será fácil de demostrar. Hay que recordar que la utilidad tradicional de la categoría la “culpa lata” ha sido, precisamente, la de permitir atribuir a un acto, gravemente contrario a la buena fe, las consecuencias que el ordenamiento jurídico asigna al dolo, sin la necesidad de la difícil prueba de la existencia del elemento intencional o volitivo que éste requiere²¹.

La jurisprudencia, desde antiguo, se ha pronunciado en contra de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por “culpa lata”.

Así, con anterioridad a la promulgación del *Código Civil*, ya la vieja STS, 2 de julio de 1875 (J.Civ., tomo XXXII, 1875, núm. 271) afirmó: “que esta clase de culpa se presta en todos los contratos, y que equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contrario e incompatible con la índole y el objeto de los contratos”. En el supuesto litigioso, el demandante (mandante) reclamaba al demandado (mandatario) la cantidad de dinero (diez mil pesetas) que le había ordenado entregar a un tercero, la cual había sido sustraída por una grave negligencia en su custodia. El mandante argumentaba que, en el momento de recibir el dinero, había hecho constar a un dependiente del mandante que no respondería “de ningún disgusto ó en el desempeño de su cargo”, por lo que sujetarle a responsabilidad suponía una vulneración de la “ley del contrato, que obliga á las partes que lo celebraron o

peligro gran cantidad de bienes”; y concluye: “Desde luego, para el caso de convenciones de irresponsabilidad por culpa grave, es cierta que la objeción de que con ella se anula o al menos de disminuye el sentido de la responsabilidad individual; cosa que la moral no debe permitir, sino más bien estimular”.

²¹ Estimo muy certeros los términos en que se pronuncia JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 646-647, quien dice lo siguiente: “En realidad, la equiparación a estos efectos entre el dolo y la culpa grave tiene una marcada raíz práctica, en tanto que las hipótesis de dolo y culpa ‘en la realidad del tráfico’ (conceptualmente nunca se confunden) no pueden fácilmente distinguirse, ya que el límite entre ambos conceptos sólo se puede establecer indagando la voluntad interna del sujeto deudor, voluntad que, en definitiva, es inescrutable. De modo que, si se consintiera la exoneración también por culpa grave (además de menoscabar, en términos absolutos, la tutela del crédito hasta límites insatisfactorios), la incerteza de la determinación (prueba) del dolo sería siempre una ventaja que jugaría a favor del deudor doloso, que lograría así exonerarse en supuestos teóricamente prohibidos (dolo) pero prácticamente tolerados, al subrogarse, por la aludida dificultad probatoria, en los pactos admitidos (sobre la culpa grave)”.

consintieron”. Esta argumentación fue desestimada por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia recurrida, que había condenado al mandatario a la restitución de la cantidad que había recibido, junto con los intereses debidos, pronunciándose del siguiente modo:

“Considerando que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída la advertencia ó protesta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, porque el extravío de la cantidad no se debió a caso fortuito, ni á desgracia alguna inevitable, sino que, por el contrario, fue efecto de su incuria, abandonado en el carruaje la cartera [...] sin haber tomado antes las precauciones necesarias ni guardado en el bolsillo la llave de la cartera que contenía el dinero encomendado á su custodia, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su negligencia supina”.

Más recientemente, la STS, 18 de junio de 1990 (RJ 1990, p. 4.764) confirmó la aseveración de la sentencia de segunda instancia, que había condenado a una empresa remolcadora a indemnizar a la armadora del buque remolcado los daños sufridos por la pérdida de éste, excluyendo la aplicación de una cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa, entre otras razones, porque la conducta del capitán del remolcador había sido temeraria y, en consecuencia, “la culpa ha de considerarse como lata y equiparable al dolo, según jurisprudencia, a los efectos del art. 1102 del Cc.”.

51

La STS, 2 de julio de 1992 (RJ, 1992, p. 6.502) se pronunció también a favor de la equiparación entre el dolo y la culpa lata. En realidad, en el supuesto litigioso, no se planteaba estrictamente una cuestión de responsabilidad, sino del ejercicio de facultad resolutoria en el marco de un contrato de vitalicio, en el que un matrimonio había cedido a su sobrina la nuda propiedad de una finca, a cambio de recibir cuidado, asistencia y alimentos. En dicho contrato figuraba una cláusula, por la que los cedentes se reservaban la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte de la cesionaria. Posteriormente, en un nuevo contrato, modificativo de aquél, los cedentes renunciaron a la facultad resolutoria contenida en la cláusula anteriormente expuesta. La cesionaria incumplió sus obligaciones, ante los cuales el cedente supérstite demandó la resolución del contrato, que le fue concedida por la sentencia recurrida. La cesionaria argumentaba en el recuso que se había infringido el artículo 1.255 del *Código Civil*, al negarse validez “a un pacto realizado ante Notario y que no es contrario a las leyes, ni a la moral, ni al orden público”. El Tribunal Supremo desestimó tal argumentación, observando que fue la cesionaria quien indujo a los cedentes a suprimir la cláusula mencionada, “siendo tras el otorgamiento de la segunda escritura (de renuncia) cuando [...] dejó de cumplir sus obligaciones asistenciales y alimenticias,

lo que obliga a recordar, ciertamente, que la cláusula de exoneración de responsabilidad por incumplimiento tiene como límite el dolo y la culpa grave”.

b) Exoneración de responsabilidad por culpa leve

Así como la invalidez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por “culpa lata” es afirmada por el común de los autores modernos, no sucede lo mismo respecto de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve; cuya admisibilidad sostiene la mayoría de la doctrina (que no toda), con apoyo en el principio de autonomía privada y en el tenor del artículo 1.004 del *Código Civil*, que permite que en la obligación “se exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento”.

Desde luego, los argumentos a favor de esta tesis parecen sólidos, pero, aún así, estimamos dudosa la validez de una cláusula, en la que se pactara que el deudor no hubiese de prestar la diligencia propia de un buen padre de familia en el cumplimiento de la obligación. Este pacto supondría admitir que las partes no tuvieran que desplegar una diligencia regular o media en la ejecución del contrato, lo que parece contrario a las más elementales exigencias de la buena fe, entendida ésta como modelo de conducta, propio de las personas leales y honestas.

52

Podría replicarse que dicha cláusula es el resultado de un acto de autonomía privada a través del cual las partes determinan el contenido de la relación obligatoria del modo que estiman conveniente, de manera que, no existiendo una posición de debilidad del acreedor (como sucede en los contratos de adhesión), ha de respetarse la composición de intereses a la que libremente han llegado.

Sin embargo, razonando, así, sólo se contemplaría uno de los intereses implicados en las modificaciones convencionales del régimen de responsabilidad: el de las partes contratantes, esto es, el del singular acreedor y deudor, a los que el pacto de exoneración o limitación de responsabilidad afecta, olvidándose, que, junto a dicho interés privado, tales modificaciones afectan también a un interés general, que es el interés de una sociedad, basada en la economía de mercado, a que el contrato sea un instrumento eficaz para realizar el intercambio de bienes y servicios, función que no puede cumplir, si, con carácter general, se admite que el deudor que no despliegue una diligencia regular o media en el cumplimiento de su obligación no quede sujeto a indemnizar los daños que se deriven de su conducta culpable²². Hay, pues, un interés gene-

²² Me parecen muy certeras las palabras de JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 607-609, quien observa que: “En la medida en que a través de la regulación legal de la responsabilidad se da satisfacción a una exigencia asumida como directriz de una política jurídica de la incentivación del tráfico (intercambio), que se plasma en un alto nivel de tutela del crédito y, correlativamente, en un alto nivel de esfuerzo exigible al deudor, consentir al mismo tiempo un amplio margen

ral a que los contratos se cumplan y se cumpla bien, razón por la cual no deben estimularse comportamientos descuidados o negligentes, que no interesan a una sociedad, como la nuestra, en la que el contrato es el instrumento por excelencia, a través del cual se opera la circulación de la riqueza. Creemos, en definitiva, que, en principio, y, sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos, a continuación, las cláusulas de exención de responsabilidad por culpa leve son nulas, por ser contrarias al orden público económico.

Esto no significa convertir al artículo 1.103 del *Código Civil* en una norma imperativa. Si lo fuera, todo pacto de exención de responsabilidad por culpa leve sería nulo (lo que nos parece incorrecto) e, igualmente, lo sería cualquier pacto de limitación de responsabilidad derivada de un comportamiento del deudor en el que concurriera ese grado de culpa (lo que tampoco es admisible, como cabe deducir del último inciso del precepto, que permite la moderación judicial de la responsabilidad, a diferencia de lo que acontece respecto de la que nace de dolo, la cual, en ningún caso puede ser excluida, ni moderada, ni por los Tribunales ni por las partes).

El hecho de que una norma afecte al orden público (en este caso, económico) no significa que necesariamente haya de tener carácter imperativo²³. Lo contrario sería seguir anclado en una concepción decimonónica, conforme a la cual las normas de Derecho dispositivo no tendrían otra función que colmar las lagunas de la relación jurídica resultante de los pactos a los que hubieran llegado los contratantes²⁴. Esta concepción debe superarse a favor de otra, más avanzada, que atribuye a las normas de Derecho dispositivo una función más elevada,

a las partes de menoscabamiento de aquel severo nivel de tutela, sería básicamente contradictorio”; y añade: “De ahí la insuficiencia de la consideración singular del fenómeno (a nivel de economía interna del contrato) y la necesidad de una consideración colectiva del mismo. Aquello que está en juego no es sólo el equilibrio económico entre las partes de una relación obligatoria, sino –y fundamentalmente– el mínimo de tutela que el ordenamiento garantiza en abstracto al (derecho de) crédito cualquiera que sea la persona que asuma la posición acreedora y para toda clase de relaciones obligatorias”.

²³ Suscribimos las afirmaciones de JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 690, cuando habla de “una noción ‘específica’ de orden público que consiente identificar, junto a normas imperativas por expreso dictado de la ley, otras normas que asumen una función de interés general en cuanto tienden a realizar una justicia sustantiva en las relaciones particulares y que reviste por ello un marcado cariz tuitivo de la parte débil frente a la voluntad del predisponente”.

²⁴ DE CASTRO (n. 1), pp. 333-334, llama la atención sobre una “estrecha y simplísima concepción del Derecho dispositivo”, hacienda suya la opinión de que “las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una ‘función ordenadora’, por lo que no pueden ser desplazados sin razón suficiente”.

esto es, la de consagrar el régimen jurídico que el legislador ha considerado más justo y razonable para cada relación jurídica por él regulada. Por ello, no parece posible afirmar que los particulares tengan una libertad omnímoda para excluir una norma, por el mero hecho de ser ésta dispositiva, sustrayéndose, exclusivamente, las normas imperativas a la acción de la autonomía privada²⁵.

Ciertamente, no todas las normas de Derecho dispositivo tienen el mismo alcance²⁶. Prueba de ello es que el propio legislador, en ocasiones, permite expresamente a los contratantes que se aparten de ellas como, por ejemplo, ocurre a propósito del saneamiento por evicción o por vicios ocultos (cfr. artículos 1.475 y 1.485 del *Código Civil*). Sin embargo, hay normas dispositivas, que, si bien no están excluidas del ámbito de actuación de la autonomía privada, no obstante, por su importancia, desde el punto de vista de la organización social, no pueden ser, sin más, excluidas por las partes, sino que ello, tan sólo es posible cuando concurra un justo motivo para ello, y, entre dichas normas, están, desde luego, las que afectan al orden público económico, sobre el que, sin duda, inciden las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve, según ya hemos explicado.

Entendemos, en definitiva, que los contratantes sólo pueden excluir totalmente la responsabilidad del deudor, que, en el cumplimiento de la obligación, incurre en una falta de diligencia regular o media, si dicha exclusión va acompañada de una compensación, que justifique suficientemente la supresión de la facultad, que el ordenamiento jurídico concede al acreedor para perseguir los bienes del deudor negligente, que incumple la obligación a su cargo²⁷. En este

²⁵ Como magistralmente explica DE CASTRO, “Notas sobre...”, (n. 1), p. 1.061, “Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes, el seguirlas o no seguirlas. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato”.

²⁶ DE CASTRO (n. 1), p. 334, observa que hay normas dispositivas, que son: “preceptos de carácter secundario, de mero significado supletorio, para los que la ley señala abiertamente la posibilidad de ser desplazados por el pacto; supuestos de solución indiferente, por ejemplo, por su significado accesorio (art. 1.445) o por tratarse de un riesgo por causas ajenas a la voluntad de las partes (art. 1.475); en todos los que por no derivar de la naturaleza misma del contrato, se puede permitir la renuncia a los beneficios legales, como así se dice expresamente en algún caso (por ejemplo, art. 1.447)”.

²⁷ DE CASTRO (n. 1), pp. 333-334, tras afirmar que: “el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del con-

sentido, hay que recordar que la jurisprudencia, a propósito del contrato de *leasing*, según expondremos más adelante, ha considerado válido el pacto de exoneración de responsabilidad del arrendador financiero por los defectos del bien arrendado, siempre que vaya acompañada de la cesión (al arrendatario) de las acciones que, en calidad de comprador del referido bien, tuviera contra quien se lo vendió²⁸.

trato (...) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley”, dice lo siguiente: “Aplicando estas ideas a nuestra cuestión, puede concluirse que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de justicia conmutativa o con la buena fe (resolviendo según aconseje la justicia y la equidad en el caso concreto); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le corresponden. En todos estos supuestos, va implícita una renuncia no permitida por la ley y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga”. Y, más adelante, en la p. 337, añade: “ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato unilateral que en el caso de encontrarse en unas condiciones generales”.

La tesis, expuesta por el autor, favorable a la nulidad de las cláusulas de exoneración, salvo que el acreedor obtenga “adecuadas ventajas”, por su renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad del deudor que incumple, ha sido acogida por JORDANO FRAGA (n. 1), pp. 672-687 y, más recientemente, por DÍAZ ALABART (n. 1), p. 582, que dice que: “La naturaleza de tales ventajas puede ser bastante variada en orden las diferentes relaciones jurídicas posibles; así, por ejemplo, en un contrato de compraventa podría consistir en un precio bastante más bajo del habitual”.

²⁸ En el concreto sector del transporte marítimo de mercancías, donde (a diferencia de lo que acontece en otros tipos de transporte), según resulta del artículo 7 de la ley de Normas reguladoras de conocimientos de embarque, en relación con el artículo 618 del *Código de Comercio*, la imputación de responsabilidad al porteador se fundamenta en su propia culpa o en la de sus dependientes o colaboradores, náuticos o terrestres, son nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve. El artículo 10 de la ley mencionada considera nula, precisando que se tendrá por no puesta: “Toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de responsabilidad por pérdida o daños relativos a las mercancías, que provengan de negligencia, falta o incumplimiento de los deberes y obligaciones señalados en los artículos anteriores”.

Lo mismo acontece respecto al transporte internacional de mercancías, en cuyo ámbito la responsabilidad del porteador está basada en culpa, según resulta del artículo 4 del convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1924, cuyo artículo 3, en su número octavo, establece que: “Toda cláusula, convenio o acuerdo en un contrato de transporte que exonere al porteador o al buque de responsabilidad por pérdida o daño referente a las mercancías, que provenga de negligencia, falta o incumplimiento de deberes y obligaciones señalados en este artículo, o atenuando dicha responsabilidad en otra forma que no sea la determinada en el presente Convenio, serán nulos y se tendrán por no puestos”.

En relación con el transporte de pasajeros, respecto del cual el convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974, cuyo artículo 3, número uno, establece un sistema de imputación de responsabilidad del basado en: “la culpa o negligencia del transportista o de sus empleados o agentes si éstos actuaron en el desempeño de sus funciones”, el artículo 18 del referido convenio

La solución que se propone no es, desde luego, la admitida por la doctrina mayoritaria, que, sin embargo, creemos que incurre en una contradicción, difícil de explicar. Autores que defienden la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve, sin embargo, consideran nulas las cláusulas que limitan la cuantía de la indemnización a una cantidad irrisoria, las que establecen un plazo de ejercicio de la acción, tan reducido, que, en la práctica, hacen imposible toda reclamación o las que excluyen ciertos bienes de la genérica garantía patrimonial del deudor, si dicha exclusión impide hacer efectiva la responsabilidad de aquél sobre otros bienes de su patrimonio²⁹. A nues-

establece que: “se tendrá por nula y sin efecto toda estipulación contractual que, convenida antes de ocurrido el hecho causante de la muerte o lesión corporal del pasajero o de la pérdida o daños sufrido por su equipaje, pretenda exención de responsabilidad con respecto al pasajero”.

²⁹ Así, CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), p. 171, que admite la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa, incluso, por culpa lata, sin embargo, sólo considera válida la cláusula penal, pactada con función substitutiva, “si no encubren un fraude” (p. 208); y estima nulo todo pacto tendente a limitar la garantía patrimonial universal del deudor (p. 209). DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202, quienes se pronuncian en favor de la validez del pacto de “especificación del grado de diligencia exigible al deudor”, y, por consiguiente, por la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve, sin embargo, consideran nula una cláusula penal, en la que se estableciera una cantidad irrisoria o desproporcionada a la real, como también los pactos de limitación de la garantía patrimonial universal, si estos determinan “en la práctica una exención de responsabilidad del deudor o la dejasen reducidas a términos intolerables”. GARCÍA AMIGO (n. 1), pp.16-17, 258, que claramente se muestra a favor de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve, en cambio, no admite la validez de los pactos limitativos de la garantía patrimonial universal, más que si se garantiza al acreedor la satisfacción del *id quod interest* (pp. 176-178), o los que acortan excesivamente el plazo de ejercicio de la acción para hacer efectiva la responsabilidad del deudor negligente (p. 184). ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (n. 1), pp. 179-180, admiten la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve. No obstante, al tratar de las limitaciones convencionales del contenido de la deuda, se refieren a la cláusula penal con función substitutiva, reconociendo que existirá una limitación “siempre que luego resulte fijada una indemnización inferior a los daños ocasionados” (p. 183); sin embargo, en la p. 182 parecen pronunciarse en contra de una cláusula penal, cuya cuantía sea tan ínfima, que, en la práctica, equivalga a una exoneración de responsabilidad. Así, al menos interpretamos las siguientes palabras: “Resulta obvio que en este caso no es posible hablar de la exoneración absoluta de la obligación, es decir, del ‘quantum’ de la misma, pues ello equivaldría, supuesta la responsabilidad del deudor, a la remisión o convocación de la deuda. Lo único que tiene sentido en estos supuestos (...) es hablar de limitación del contenido de la obligación”. Más adelante, al plantearse el tema de las convenciones modificativas del principio de garantía patrimonial, dicen, lo siguiente: “Excepcionalmente, la voluntad de los particulares puede, o bien excluir determinados bienes de la acción de los acreedores, o bien encauzar la acción en el sentido que se dirija contra alguno de ellos, dejando inmune el resto del patrimonio”. Parecen, pues, no admitir otras convenciones limitativas, que las expresamente permitidas por la ley, citando los artículos 1.807 del *Código Civil* y 140 de la ley Hipotecaria.

tro parecer, no es posible considerar nulas las cláusulas de limitación de responsabilidad por culpa leve, que indirectamente dan lugar a una práctica exoneración de responsabilidad del deudor y, en cambio, admitir la validez de las cláusulas en las que directamente se establece dicha exoneración, cláusulas, que, por lo demás, se dan raramente en la práctica contractual.

B) Las cláusulas de limitación de responsabilidad

En principio y, a diferencia de lo que acontece, respecto de las cláusulas de exoneración, las de responsabilidad por culpa son válidas. Si el artículo 1.103 del *Código Civil* concede a los Tribunales la facultad de moderar la responsabilidad procedente de negligencia, no hay porqué excluir que las partes puedan pactar preventivamente dicha moderación de responsabilidad (en esto, hay acuerdo unánime de la doctrina). Sin embargo, dichos pactos han de respetar los límites que el artículo 1.255 del *Código Civil* impone a la autonomía privada.

Por ello, son nulas las cláusulas de limitación de responsabilidad por “culpa lata”, como nulos son los pactos de exoneración de responsabilidad por este tipo de culpa; pues es contraria al orden público (económico) la cláusula en la que preventivamente se estipule cualquier limitación de responsabilidad del deudor que, en el cumplimiento de sus obligaciones, incurra en una negligencia extrema³⁰.

57

³⁰ Esta tesis puede apoyarse en la legislación del contrato de transporte, que, al establecer limitaciones legales de responsabilidad del transportista, declara que dichas limitaciones no son aplicables cuando el incumplimiento ha sido ocasionado por culpa grave, la cual se asimila al dolo, a los efectos de afirmar el resarcimiento integral del daño. Así, a propósito del transporte aéreo, el artículo 121 de la ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, dispone que las limitaciones de responsabilidad por accidente establecidas en sus artículos 117 y 118 (actualizadas por el real decreto 37/2001, de 19 de enero), para el caso de daños ocasionados a los pasajeros o las mercancías, no rige, si se prueba que: “el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave”; en el mismo sentido se pronuncia el artículo 21 del convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, en su número cuarto, al excluir de las limitaciones de responsabilidad que el mismo precepto establece, en sus números, primero y segundo, en el caso de retraso o de daños causados al equipaje o a la carga, “si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes con intención de causar daño o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño”, lo que supone una aplicación de la tradicional regla *culpa lata dolo equiparatur*.

Normas semejantes encontramos a propósito del transporte internacional terrestre. En relación con el transporte por carretera, el artículo 29 del convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, dispone que el transportista no puede prevalerse de las limitaciones de responsabilidad establecidas en sus artículos 23 y 25 (por pérdida o avería de la mercancía transportada), si el daño ha sido provocado por “falta que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la legislación del lugar”, o cuando son sus empleados o dependientes los que incurren en culpa lata. En relación con el transporte por ferrocarril, el artículo 42 del apéndice A al convenio de Berna, de 9 de mayo de 1980, prevé que las limitaciones legales establecidas en los artículos 30 y 31, por daños, en caso de muerte y lesiones de viajeros, no se aplican cuando los daños fue-

Creemos, en definitiva, que, con carácter general, sólo son admisibles las cláusulas de limitación de responsabilidad procedente de culpa leve; y no siempre, pues habrá que comprobar la conformidad de dichas cláusulas a los límites genéricos de la autonomía privada contractual, enunciados en el artículo 1.255 del *Código Civil*.

- a) Son, así, inválidas las cláusulas de limitación de responsabilidad por daños ocasionados a las personas (muerte o lesiones)³¹, punto en el que existe acuerdo unánime de los autores, por considerarlas contrarias al orden público y a la moral³².

ran resultado de una “falta grave imputable al ferrocarril”; en cambio, para el caso de pérdida, avería o retraso en la entrega de equipajes o vehículos acompañados, precisa que, en caso de falta grave, la indemnización quedará “limitada al doble de los máximos previstos en los artículos 38 a 41” (la regla de equiparación de la culpa lata al dolo no se aplica aquí, pues, en toda su extensión). Para el transporte internacional por ferrocarril de mercancías, el artículo 44 del apéndice B del mismo convenio de Berna establece que las limitaciones de responsabilidad previstas en los artículos 40, 42 y 43, para el caso de pérdida o avería en la mercancía, o demora en su entrega, no se aplicarán, si se prueba que el daño tiene su causa en una acción u omisión, cometida por el ferrocarril, “de manera temeraria y, siendo consciente de que probablemente se producirá por ello dicho daño”.

58

Respecto del transporte marítimo, el artículo 4, número quinto, letra e) del convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1924, afirma que el porteador no podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad establecida por las letras a) y d), por pérdida o daño de las mercancías, “si se demuestra que los daños se deben a una acción u omisión del porteador que ha tenido lugar (...) temerariamente y a sabiendas de que probablemente se producirían daños”. El artículo 13 del convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974, dispone que las limitaciones legales establecidas en los artículos 7 y 8, respecto de lesiones corporales y pérdidas o daños en el equipaje (actualizadas por el protocolo de 19 de noviembre de 1976), no operan en beneficio del transportista, si se prueba que los daños son debidos a un acto u omisión suyo o de sus dependientes o agentes, realizado “temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían tales daños”.

³¹ El número décimo del apartado II la disposición adicional primera de la ley 26/1984, de 24 de julio, de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios, considera abusivas las cláusulas de “exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél”.

Sobre el transporte internacional por ferrocarril, hay que destacar la diversa solución, adoptada por el convenio de Berna, de 9 de mayo de 1980, en relación con los daños causados a las personas y a las mercancías. Mientras que el artículo 32 del apéndice A no permite una reducción convencional de las cantidades que prevén los artículos 30 y 31, como límite de responsabilidad del transportista, en caso de muerte y lesiones de los pasajeros, en cambio, el artículo 45 del apéndice B sí permite un pacto que reduzca la responsabilidad del transportista, prevista en los artículos 40, 42 y 43, para el caso de pérdida o avería en la mercancía o demora en su entrega, siempre que dicha limitación de responsabilidad vaya acompañado de una reducción de la tarifa ordinaria.

³² GARCÍA AMIGO (n. 1), p. 201, observa que: “la moral no permite que se elimine o limite contractualmente la responsabilidad legal debida a la más mínima negligencia que pueda po-

- b) Son también nulas las cláusulas que, si bien, formalmente, aparecen como meras limitaciones de la responsabilidad procedente de culpa leve, en la práctica, dan lugar a la exención de responsabilidad del deudor, idea que debe ser tenida en cuenta al examinar la validez de las cláusulas que, a continuación, se analizan³³.

a) Cláusulas limitativas de la cuantía del resarcimiento

Es indudable la validez de la cláusula por la que las partes, preventivamente, limitan la cuantía del resarcimiento a cierta cantidad, estableciendo, al efecto, una cláusula penal con función sustitutiva, que absorbe la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento³⁴.

De hecho, en nuestro ordenamiento, a falta de pacto en contrario, la cláusula penal tiene una función sustitutiva de la indemnización de daños. Así resulta del artículo 1.152 del *Código Civil*, cuyo párrafo primero dispone que: “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de la falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado”³⁵.

ner en vida la vida de la persona humana, como tampoco el orden público”. JORDANO FRAGA (n. 1), p. 654, afirma que: “La consideración de orden público como sistema de principios fundamentales del ordenamiento (expresos o implícitos en él) impone, ante todo, que el deudor responde en todo caso y responda íntegramente (aún en los casos de culpa leve) de la satisfacción de aquellas obligaciones que atienen a la salvaguardia de la integridad física o moral del acreedor o a cualquier otro derecho fundamental suyo, o que interesen a exigencias fundamentales de la persona en el ámbito de la sociedad (artículos 1.255 del *Código Civil* y 10 de la Constitución)”. SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), p. 131, expone que: “el orden público no permite que se elimine o restrinja la responsabilidad en caso de transporte de personas, cuando tienen por finalidad limitar la responsabilidad en caso de muerte o lesiones”.

³³ En este sentido, observa DÍAZ ALABART (n. 1), p. 582, que: “Si la limitación que estas cláusulas establezcan es de tal clase que suponga una exoneración encubierta, desde luego, se les dará el mismo tratamiento que a las exoneratorias, es decir, serán inválidas, salvo que a cambio de la admisión de las mismas la otra parte haya adquirido ventajas”.

³⁴ Lo admite la STS, 16 de julio de 1982 (RJ, 1982, p. 4.249) cuando afirma que: “en orden a la responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones”, para el caso del deudor de buena fe, es decir, no doloso, sino negligente, “la determinación del ‘quantum’ resarcitorio puede venir determinado por la voluntad de las partes”.

³⁵ Sin embargo, en el contrato de transporte hay que tener en cuenta que las limitaciones legales de responsabilidad establecidas en su normativa específica no pueden ser reducidas convencionalmente, por lo que las partes sólo pueden aumentar su cuantía, pero no reducirla. Así resulta, para el transporte marítimo, del artículo 11 de la ley sobre Normas reguladoras de los conocimientos de embarque, de 22 de diciembre de 1949, que permite que se pacte una cantidad máxima de responsabilidad del porteador, por pérdidas o daños causados en las mercancías, para el caso de que el cargador no hubiera declarado en el conocimiento de embarque su valor, distintas a las legalmente establecidas por el precepto, “con tal que esta máxima convencional no sea inferior a la cifra anteriormente señalada” (por el mismo precepto,

No obstante lo dicho, será nula la cláusula penal con función sustitutiva, cuando su cuantía sea irrisoria o totalmente desproporcionada en relación con el daño producido³⁶.

que, sin embargo, ha de ser actualizada conforme a lo dispuesto en los protocolos, de 1968 y 1979, de modificación del convenio de Bruselas, de 25 de agosto de 1924). El artículo 18 del convenio de Atenas, de 13 de diciembre de 1974, considera que se tendrá por nula la estipulación por la que las partes preventivamente, esto es, antes de que ocurra el hecho causante de los daños, pretendan “establecer un límite de responsabilidad inferior al fijado” en los artículos 7 y 8, respecto de lesiones corporales y pérdidas o daños en el equipaje (actualizados por el Protocolo de 19 de noviembre de 1976).

Respecto del transporte aéreo, el convenio de Montreal, de 29 de mayo de 1999, en su artículo 25 afirma que: “El transportista podrá estipular que el contrato de transporte estará sujeto a límites de responsabilidad más elevados que los previstos en el presente Convenio, o que no estará sujeto a ningún límite de responsabilidad”; en cambio, en su artículo 25 se dice que: “Toda cláusula que tienda a exonerar al transportista de su responsabilidad o a fijar un límite inferior al establecido en el presente Convenio será nula y de ningún efecto, pero la nulidad de dicha cláusula no implicará la nulidad del contrato, que continuará sujetos a las disposiciones del presente Convenio”, sancionando, así un caso de nulidad parcial del negocio jurídico.

A propósito del transporte terrestre, el número primero del artículo 3 del reglamento de ordenación de los transportes terrestres, de 28 de septiembre de 1990, prevé que: “expresamente se pacten unas cuantías o condiciones diferentes” (de responsabilidad del transportista), distintas a las establecidas en el precepto por daños, pérdidas o averías en las mercancías o equipajes, lo que debe entenderse en el sentido de que pueden pactar límites superiores, pero no inferiores (como confirma el número quinto de la norma). El artículo 41, número primero del convenio de Ginebra, de 19 de mayo de 1956, establece que: “toda cláusula, que directamente o indirectamente, derogue el convenio será nula y no tendrá ningún efecto”; entre dichas cláusulas hay que entender incluidas, evidentemente, las que reduzcan la cuantía de las limitaciones de responsabilidad establecidas en sus artículos 23 y 25, para el caso de pérdida o avería de la mercancía transportada. Más claro es, respecto del transporte internacional por ferrocarril, el artículo 32 del apéndice A al convenio de Berna, de 9 de mayo de 1980, según el cual los acuerdos que establezcan limitaciones inferiores a los fijados por los artículos 30 y 31 del mismo apéndice, a propósito de daños en caso de muerte y lesiones de los pasajeros “serán nulos de pleno derecho”, precisando que: “esta nulidad no implica la del contrato de transporte”, reiterando, pues, la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, merced a la aplicación de la categoría de la nulidad parcial. El artículo 45 apéndice B al mismo convenio de Berna permite, en cambio, un pacto de limitación de responsabilidad, siempre que vaya acompañado de una reducción de la tarifa ordinaria. Dice, sí, que: “Cuando el ferrocarril conceda condiciones particulares de transporte por medio de tarifas especiales o excepcionales que lleven consigo una reducción del transporte calculado de acuerdo con las tarifas generales, podrá limitar la indemnización debida al derechohabiente en caso de pérdida, avería o rebasamiento del plazo de entrega, en la medida en que tal limitación esté indicada en la tarifa”.

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), p. 208, afirma que las convenciones relativas al “quantum” exigible”, “se dan cuando, por ejemplo, se limita a un importe máximo el deber de indemnizar en caso de incumplimiento. Tales cláusulas —añade— hay que considerarlas lícitas, si no encubren un fraude”.

¿Qué es lo que el autor entiende por encubrir un fraude? Bien pudiera referirse al supuesto en que la cuantía de la limitación sea tan reducida, que, en la práctica, entrañe una exención de

b) Las cláusulas limitativas de la garantía patrimonial universal

Tal y como entiende la doctrina dominante, es válida la cláusula, en la cual se estipule que, en caso de incumplimiento, la responsabilidad del deudor se haga efectiva, solamente, sobre ciertos bienes de los que forman su patrimonio o con exclusión de alguno de ellos, modificándose, así, el principio de garantía patrimonial universal del artículo 1.911 del *Código Civil*³⁷.

responsabilidad. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202, afirman que no: “deben ser válidas las estipulaciones por las que el responsable sólo queda obligado al pago de una cantidad (*v.gr.*, cláusula penal? ridícula o desproporcionada a la real. Ello equivaldría a un fraude de ley: se respeta el juego de las normas sobre la responsabilidad, no hay renuncia de ninguna acción, pero de hecho se deja reducido a la nada”.

Confirmamos plenamente esta afirmación, no sólo respecto de los supuestos de culpa lata sino, también, respecto de los casos de culpa leve, supuestos éstos, en los que no sabemos si están penando los autores en este punto.

³⁷ La doctrina ha ido evolucionando en este tema. Así, partiendo de una inicial oposición a que los contratantes pudieran modificar convencionalmente el principio de responsabilidad patrimonial universal, ha llegado a admitir esta posibilidad. Representante de la posición inicial contraria a dichas convenciones de limitación de responsabilidad es, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), p. 208, quien afirma, que, salvo los supuestos en que expresamente lo permita la ley: “hay que estimar nulas las convenciones dirigidas a exonerar el deudor de su responsabilidad patrimonial. Este –añade el autor– es un elemento esencial de la obligación, sustraído a la disposición de las partes, ya que es consustancial al vínculo obligatorio que el acreedor pueda alcanzar la satisfacción de su interés en defecto de la prestación debida”. Posición contraria sostiene ALBALADEJO (n. 1), p. 167, según el cual: “La modificación de responsabilidad puede consistir, no sólo en alterar los casos en que –según la ley– se da, sino también en alterar los bienes en que –según la ley (art. 1911): todos los bienes presentes y futuros del deudor– puede hacerse efectiva. De modo que cabe establecer que sólo alcance a ciertos bienes, con carácter exclusivo, y que, agotados, no que perseguir otros” (apoya esta tesis en la STS, 23 de mayo de 1963 y en el artículo 140 de la ley Hipotecaria). DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202, admiten los pactos de limitación de la garantía patrimonial universal, pero precisando que: “hay que juzgar su validez en función de la moral y orden público”, por los que son nulos, si éstos determinan “en la práctica una exención de responsabilidad del deudor o la dejasen reducidas a términos intolerables”. GARCÍA AMIGO (n. 1), pp. 176-178, entiende que: “en principio, se puede admitir la validez de tales convenciones, aunque no ciertamente de aquéllas que excluyan totalmente la garantía patrimonial o que la limitan a una cantidad irrisoria en relación con los posibles daños que se causen”; pero añade: “asegurando suficientemente el ‘*id quod interest*’ probabl e entendemos que nada se opone a que la responsabilidad contractual se haga efectiva sobre determinados bienes y no sobre otros”.

A nuestro parecer, no existe razón para que, admitida la validez de las cláusulas limitativas de la garantía patrimonial universal, las partes no puedan reducirla por debajo de ese tope que señala el autor, consistente en el “*id quod interest*”. Creemos, pues, que tiene razón GULLÓN BALLESTEROS (n. 1), artículos 1887 A 1929 del Código civil, cuando afirma que no: “ningún precepto obliga a que la garantía patrimonial de una obligación sea suficiente para garantizar el ‘*id quod interest*’, y si ello es así, si vemos cómo se contraen deudas legítimas y válidas por los que en el momento de hacerlo no pueden responder suficientemente del incumplimiento, ¿por qué se va a exigir como límite de validez a las modificaciones del artículo 1911?”.

Esta tesis puede apoyarse en el artículo 140 de la ley Hipotecaria, que considera válido el pacto, contenido en la escritura de constitución de la hipoteca, de que: “la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados”, precisando que: “En este caso la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor por virtud del préstamo hipotecario quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”.

Admitida la validez de este tipo de cláusulas en el contrato de constitución de hipoteca, no parece que deba haber obstáculos para afirmar lo mismo respecto de otro tipo de contratos³⁸.

Así lo confirma la STS, 21 de mayo de 1963 (RJ, 1963, p. 2.817). En el origen de la litis se haya un embargo, frente al cual reaccionaron los deudores, pidiendo que su responsabilidad por impago sólo se hiciera efectiva sobre una concesión minera, sin que tuvieran que responder con otros bienes y derechos, por así haberlo convenido las partes contratantes, argumentación que fue desestimada en las dos instancias. El Tribunal Supremo admitió la validez genérica de un pacto de este tipo, si bien consideró que, en el caso concreto, no había resultado probada su existencia. Afirma, así, que:

62

“si bien es cierto que el principio de libertad de contratación reconocido en el art. 1255, al enfrentarse con la garantía que establece el art. 1911, que sujeta el cumplimiento de las obligaciones, todos los bienes presentes y futuros del deudor, puede limitar sus efectos admitiendo a tal fin sólo ciertos bienes, con carácter exclusivo o excluyendo de la general garantía del pago de un crédito, para que produzca el efecto de que, agotados aquéllos, no quepa perseguir los restantes bienes del deudor, por implicar una renuncia anticipada de la parte de la prestación que queda sin satisfacer por el medio convenido, ha de establecerse con entera precisión y claridad, que es lo que falta en el caso de autos”.

Creemos, en definitiva, que son válidos los pactos de modificación del principio de garantía patrimonial universal, no sólo si los bienes a los que se limita la capacidad de agresión patrimonial de acreedor son suficientes para hacer efectiva la responsabilidad del deudor sino, también, aunque no alcanzan a cubrir totalmente dicha responsabilidad, a condición –como dice la sentencia anteriormente expuesta– de que se establezcan “con entera precisión y claridad”; y siempre –nos parece– que el valor de los bienes señalados no sea irrisorio

³⁸ El artículo 1.807 CC admite un pacto de limitación de la garantía patrimonial universal, cuando prevé que: “el que constituye a título oneroso una renta sobre sus bienes, puede disponer al tiempo del otorgamiento que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista”.

o resulte totalmente desproporcionado en relación con los posibles daños que puedan ocasionarse por el incumplimiento de la obligación, ya que ello implicaría, en la práctica, una exoneración de responsabilidad del deudor, contraria al orden público económico³⁹.

c) Las cláusulas que acortan los plazos de prescripción de la acción de responsabilidad por incumplimiento

Son válidas las cláusulas que limitan la responsabilidad del deudor, acortando el largo plazo de prescripción de la acción para exigir indemnización de daños por incumplimiento, que es de quince años, según resulta del artículo 1.965 del *Código Civil*⁴⁰.

La validez de dichas cláusulas no queda obstaculizada por la consideración de que la prescripción es una institución de orden público, porque lo que dicha institución trata de garantizar es la seguridad jurídica, esto es, que transcurrido los plazos legalmente previstos, no puedan prosperar reclamaciones judiciales extemporáneas; y, evidentemente, la seguridad jurídica no padece cuando las partes no alargan, sino que acortan convencionalmente el plazo de ejercicio de la acción⁴¹.

No obstante, los pactos de acortamiento del plazo de prescripción serán nulos, cuando el plazo señalado fuera tan breve que, en la práctica, hiciera inviable el ejercicio de la acción, ya que ello supondría, en realidad, la exoneración de responsabilidad por culpa, lo que es contrario al orden público económico⁴².

63

³⁹ Cfr., así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), p. 202.

⁴⁰ Cfr., en este sentido, L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, 11ª ed., Madrid, Civitas, 2003, vol. I: Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, p. 448; GARCÍA AMIGÓ (n. 1), p. 184.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 40), p. 448, se pronuncian, con toda claridad, a favor de los pactos que acortan los plazos de prescripción, dado que favorecen la seguridad de los derechos y relaciones jurídicas". Observa GARCÍA AMIGÓ (n. 1), pp. 183-184: "a la base de la prescripción está el interés público y, en consecuencia, las normas sobre la prescripción son de carácter irrogable. Ahora bien, el interés público se refiere al no alargamiento de los plazos de prescripción, por cuanto ello prolongaría las situaciones de inseguridad que los plazos de prescripción y caducidad representan para las relaciones sometidas a los mismos; pero, en cambio, el acortamiento de tales plazos va dirigido a reforzar ese interés y seguridad". Más adelante, concluye: "las convenciones o cláusulas cuyo objeto sea alargar los plazos de prescripción irían contra el orden público –y, por tanto, serían nulos–, mientras que las que se dirijan a limitar tales plazos serían amparadas perfectamente por la noción de interés público –siendo, en consecuencia, válidos–".

En ese sentido semejante se pronuncia Tallada: "Nada dice la Ley respecto a la abreviación de dichos plazos: pero deben ser consideradas como lícitas las cláusulas que tal reducción estipulen, en cuanto conducen a dar una mayor estabilidad a las relaciones de derecho, por lo que no sólo no se oponen, sino que refuerzan el fundamento de la prescripción".

⁴² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 40), p. 448, tras pronunciarse por la validez general de los pactos que abrevian los plazos de prescripción, matizan que: "no será válido un pacto que acor-

III. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE CONSUMO

Corresponde, a continuación, tratar de las convenciones modificativas de la responsabilidad en el ámbito del Derecho de consumo, en el cual, como ya hemos apuntado, se reduce a la operatividad del principio de autonomía privada, debido a que las partes contratantes no se hayan en una situación de igualdad real, sino que existe una parte débil (el consumidor), a quien la parte económicamente más fuerte (el empresario que contrata en masa) le impone un contenido contractual, que no puede discutir, limitándose, por lo general, a aceptar o rechazar el contrato, cuya celebración se le propone.

1. Delimitación del carácter abusivo de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad

La protección del consumidor en el tema que nos ocupa se traduce en la calificación como abusivas de las cláusulas contempladas en los números noveno y décimo del apartado II de la disposición adicional primera de la ley 26/1984, de 24 de julio, de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (en la redacción dada por la disposición adicional 1.6 de la ley 7/1998, de 13 de abril); esto es, por un lado, las de “exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del personal”; por otro lado, la de “exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato por daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél”.

El carácter abusivo de estas cláusulas determina su nulidad, según resulta del artículo 10 bis de la ley 26/1984, la cual declara que: “Serán nulas de pleno

tase de tal manera los plazos que dejase sin posibilidad real de ejercitar el derecho a su titular, o lo dificultase de manera notoria”. GARCÍA AMIGO (n. 1), p. 185, tras expresar su opinión favorable a la validez de los pactos de limitación del plazo de prescripción de la acción para hacer efectiva la responsabilidad del deudor, afirma: “Es claro, por lo demás, que un acortamiento excesivo de los plazos de prescripción puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos, y esto sí que iría también contra el interés público, aunque por el otro extremo”. Estamos de acuerdo con esta opinión, aunque, a nuestro parecer, es difícilmente conciliable con la posición del autor, favorable a admitir las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa leve. Si se sostiene –como él hace– la validez de dichas cláusulas, ¿cómo se puede justificar la invalidez de los pactos que, meramente, limitan los plazos de ejercicio de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de ese mismo grado de culpa? ¿No es un tanto contradictorio admitir que el deudor que omite la diligencia propia de un buen padre de familia pueda exonerarse de responsabilidad y, en cambio, no pueda beneficiarse de una limitación de responsabilidad (efecto menos grave), como es la reducción del plazo de prescripción de la acción?

derecho y se tendrán por no puestas” las cláusulas abusivas, precisando que la: “parte afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil”, aplicando, pues, la doctrina de la nulidad parcial, y: “Sólo cuando las cláusulas subsistentes existen determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsana podrá [el juez] declarar la ineficacia del contrato”.

Esta regulación no aporta novedades sustanciales respecto de lo que resulta de la aplicación de los principios generales del Derecho Privado, por cuanto concierne a la nulidad de las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad, por daños causados a la vida o la integridad de las personas, cuya invalidez general ya hemos constatado, al ser dichas cláusulas contrarias al orden público y, en consecuencia, traspasar los límites que el artículo 1.255 del *Código Civil* establece a la autonomía privada.

En cambio, respecto de las cláusulas contempladas en el número noveno del apartado II de la disposición adicional primera de la ley 26/1984, sí se observa una importante diferencia, ya que del mismo resulta que serán nulas, por abusivas, no sólo las cláusulas de exoneración de responsabilidad sino, también, las de mera limitación de responsabilidad; si dicha limitación se ha realizado de “forma inadecuada”, lo que, por aplicación del número primero del artículo 10 bis de la misma ley, hay que entender en el sentido de que origine “un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes”.

Se establece, así, una restricción que no opera en el ámbito de la contratación que tiene lugar con estricta sujeción al *Código Civil* (o al de *Comercio*), en el cual las partes pueden pactar libremente cláusulas de limitación de responsabilidad; con tal que éstas, en la práctica, no den lugar a una exención de responsabilidad del deudor (como, por ejemplo, acontece cuando se establece una cláusula penal de cuantía irrisoria o cuando se reduce el plazo de prescripción de la acción, de tal manera, que se dificulta extraordinariamente su ejercicio); ya que esto –según quedó expuesto– es contrario al orden público económico.

El Derecho de consumo es, pues, más riguroso: garantiza siempre el principio de equivalencia de las prestaciones contra todo tipo de pactos que puedan alterarla de manera significativa, sean de exclusión o de mera limitación.

En particular, el párrafo segundo del número noveno del apartado II de la disposición adicional primera de la ley 26/1984, contra lo dispuesto en el artículo 1.485 del *Código Civil*, que admite que las partes puedan excluir el saneamiento por vicios ocultos, establece el carácter abusivo de

“las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del comprador, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a remplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución

gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación no fueran posibles o resultasen insatisfactorias”.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, tras la promulgación de la ley 23/2003, de 10 de julio (de transposición de la directiva 1999/44/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo), en el ámbito del Derecho de consumo, se ha consagrado un sistema de responsabilidad que ha desplazado las normas del saneamiento por vicios ocultos; estableciéndose el deber del vendedor de entregar un bien conforme al contrato, y atribuyéndose, en consecuencia, al comprador insatisfecho las acciones generales del incumplimiento, que han venido a sustituir a las viejas acciones edilicias. Es, lógicamente, a este nuevo sistema de responsabilidad al que hay que referir el párrafo segundo del apartado II de la disposición adicional primera de la ley 26/1984⁴³.

2. Las cláusulas abusivas, exoneratorias o limitativas de responsabilidad, en la práctica de los Tribunales

- 66 Examinaremos, a continuación, algunas cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, cuyo carácter abusivo ha sido examinado por la jurisprudencia, en relación con los contratos en las que se insertan.

A) Contrato de *leasing*: exoneración de responsabilidad del arrendador por la idoneidad del bien arrendado para servir al uso al que se destina

Es frecuente que en los contratos de *leasing* se incluya una cláusula en la que el arrendador se exonera de todo tipo de responsabilidad por la falta de idoneidad del bien arrendado para servir al uso al que se la destina.

La jurisprudencia considera válida dicha cláusula, pero con una condición, a saber, que vaya acompañada de una cesión de las acciones que el arrenda-

⁴³ En sentido amplio, podrían también considerarse como cláusulas limitativas de responsabilidad, por cuanto pueden dificultar el ejercicio procesal de la acción para hacer efectiva aquella, las cláusulas contempladas como abusivas en el número 18 del apartado IV de la disposición adicional primera de la ley 26/1984; así como en los números 26 y 27 del apartado V de la misma disposición, esto es, las cláusulas que invierten la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, las de sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, “salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”, y las de sumisión expresa a una jurisdicción distinta de la que corresponda al domicilio del consumidor, “al lugar del cumplimiento de la obligación o a aquél en que se encuentre el bien, si fuere inmueble”.

dor, en concepto de comprador, tiene frente a quien le vendió el bien, que posteriormente arrendó.

Esta cesión se considera como una compensación que justifica la exoneración de responsabilidad del arrendador y evita la calificación como abusiva de la cláusula que la establece.

Así, la STS, 26 de febrero de 1996 (RJ, 1996, p. 1.264) destaca el carácter de contrapartida que tiene tal cesión:

“al poner de relieve que la sociedad de ‘leasing’ no responde al usuario del buen funcionamiento o idoneidad de los referidos bienes, pero, como compensación de ello, subroga (con subrogación expresamente pactada) al arrendatario-usuario en todas las acciones que, como comprador, le puedan corresponder frente a la entidad proveedora-vendedora”. “En otro supuesto –añade– la cláusula de exoneración habría de entenderse abusiva y nula y habría de responder, en primer lugar, el arrendador financiero”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS, 24 de mayo de 1999 (RJ, 1999, p. 3.927), que observa que la exoneración de responsabilidad del arrendador, sin otorgamiento al arrendatario de medios defensivos contra el vendedor, “en cuanto a la idoneidad de la cosa entregada, conduciría a una intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario”. Mas adelante, añade:

“Según la doctrina, y conforme a la sana práctica comercial, en los contratos de ‘leasing’ es frecuente hallar como cláusulas independientes, o fundidas en una misma, tanto la exoneración de responsabilidad, respecto de las utilidades del bien entregado al usuario, como la cesión de acciones a favor del usuario, subrogándolo en los derechos que asisten a la entidad de crédito o financiera como compradora. La citada cláusula de exoneración cobra, en efecto, sentido en tanto en cuanto se pacte, al mismo tiempo, la correlativa transmisión de las acciones que tenga la entidad crediticia, en su calidad de compradora frente al vendedor a favor del usuario”.

B) Contrato de aparcamiento: exoneración de responsabilidad por robo o daños causados al vehículo estacionado

Ha sido usual que en el contrato de aparcamiento de vehículos se incluyera una cláusula de exoneración de responsabilidad de la empresa por robos o daños causados en el vehículo estacionado, la cual se insertaba en el recibo que el titular del aparcamiento entregaba al propietario o usuario del vehículo.

El hecho de que el contrato de aparcamiento careciera de regulación no permitía una solución clara al problema de la validez o nulidad de esta cláusula.

la. En cualquier caso, la solución de tal incógnita exigía dilucidar previamente si el contrato de aparcamiento de vehículos, generaba, o no, un deber de custodia del vehículo.

La cuestión fue resuelta por la STS, 22 de octubre de 1996 (RJ, 1996, p. 7.238), que, tras constatar el carácter atípico del contrato, afirma que: “la concepción del aparcamiento retribuido como contrato que implica custodia y guarda del vehículo, forma parte de las convicciones generalizadas y usuales acerca de su contenido”. Y añade: “La seguridad, por tanto, aparece como elemento unido al contrato de aparcamiento y, con ello, la necesidad de vigilancia, según exigen la buena fe y los usos, conforme al artículo 1258 del Código civil”.

68

Más adelante, la referida sentencia se pronuncia sobre la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Se refiere, así, al motivo del recurso de casación, en que se denunciaba el carácter abusivo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por la falta de vigilancia por los daños o sustracciones sufridas por los vehículos; y, aunque no entra en el examen detallado del motivo, porque la cuestión que planteaba, no había sido tratada por la sentencia recurrida y había sido introducida *ex novo* en el recurso, sin embargo, afirma que: “en atención al carácter de contrato de adhesión que revisten estas modalidades de prestación del consentimiento es exigible la exclusión de cláusulas que limitan absolutamente la responsabilidad” del titular del aparcamiento, de donde se deduce claramente que, a juicio del Tribunal Supremo, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por robo o daños causados por el vehículo estacionado son nulas, por abusivas.

Tras la aprobación de la ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, resulta claro que, como expresa el artículo 1 de la misma, el titular del aparcamiento asume los “deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado”, lo que permite confirmar la tesis de que las cláusulas de exoneración por robos o daños causados en los vehículos estacionados son nulas.

Sin embargo, serán válidas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por robos o daños, que el titular del aparcamiento no está legalmente obligado a asumir. En concreto, según el artículo 3, número uno, letra c) de la ley mencionada, la obligación de restitución de aquél no alcanza (salvo pacto en contrario) a “los accesorios no fijos y extraíbles, como radiocassettes y teléfonos móviles”, los cuales “deberán ser retirados por los usuarios”, de modo que, si éstos no lo hacen, deberán asumir el riesgo de que les sean robados. Tampoco, según resulta el artículo 4, letra d) de la ley, el titular del aparcamiento responde por robos o daños en el vehículo, si el usuario no ha seguido sus normas e instrucciones “respecto al uso y seguridad del mismo”.

C) Contrato de transporte de personas: exoneración de responsabilidad por retraso en los vuelos y pérdida de enlaces

Es práctica habitual introducir en el contrato de transporte aéreo de personas una cláusula, por la que el transportista se exonera de toda responsabilidad por los retrasos sufridos por los viajeros como por la pérdida de enlaces.

Se modifica, así, el régimen legal de responsabilidad del transportista, previsto en el artículo 19 del convenio de Montreal, de 22 de mayo de 1999, conforme al cual el porteador es responsable del daño causado por el retraso en el transporte aéreo de viajeros, siendo preciso para exonerarse de responsabilidad que pruebe que él, sus dependientes y agentes: “adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que le fuese imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas; y, asimismo, en el artículo 94 de la ley de Navegación Aérea, de 21 de julio de 1960, conforme al cual el transportista sólo queda liberado de responsabilidad: “por causa de fuerza mayor o por causas meteorológicas que afecten a la seguridad” del viaje, debiendo, en tal caso, devolver el importe del billete y sufragar los gastos de manutención y hospedaje, ocasionados por la interrupción.

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente el carácter abusivo de esta cláusula y, en consecuencia, la ha considerado nula, concediendo, además, en ocasiones, una indemnización por daños morales al viajero perjudicado.

La STS, 31 de mayo de 2000 (RJ, 2001, p. 5.089) estima nula la cláusula de exoneración de responsabilidad por retraso establecida en el billete de pasaje, confirmando la sentencia recurrida, que había concedido una indemnización por daño moral de doscientas cincuenta mil pesetas a dos pasajeros, cuyo avión había sufrido un retraso de diez horas. Reconoce el Tribunal Supremo que: “no pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado que suelen originarse como consecuencia de un retraso en un vuelo”, como también: “que pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando, durante la espera, los viajeros no han sido debidamente atendidos, o no se les facilita la comunicación con los lugares de destino para paliar las consecuencias del retraso”. Añade, sin embargo, que: “con ello no se agotan todas las posibilidades, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad, (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestias producidas por una demora importante en un vuelo, que carece de justificación alguna”. El Supremo estima que en el caso enjuiciado concurren los requisitos necesarios para que pueda considerarse que existe un daño moral resarcible”. Dice, así, que el retraso fue totalmente injustificado, pues se debió al mero interés de la compañía aérea, de trasladar a la ciudad donde debía realizarse una escala un motor para otro avión, que se hallaba

averiado; que la demora, de diez horas, fue importante y, por último, que se dio una “situación de afección en la esfera psíquica”, añadiendo:

“a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por pérdida de un día de trabajo (...) hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya”.

Esta sentencia ha tenido gran trascendencia en la jurisprudencia de instancia, donde son numerosas las sentencias que recogen la doctrina que de ella emana⁴⁴.

70

⁴⁴ La SAP Asturias, 24 de diciembre 2001 (AC, 2001, 2560) estima una demanda de indemnización de daños morales, sufridos por los viajeros, que, como consecuencia de retraso del avión, que motivó la pérdida del enlace con el posterior vuelo, se vieron privados de un día de vacaciones. Afirma que, aunque en una cláusula del contrato: “se expresa que los horarios no se garantizan y que el transportista no asume la responsabilidad de garantizar los enlaces, no cabe desconocer que se trata de una cláusula impresa en un contrato de adhesión, que implicaría dejar al arbitrio de una de las partes su cumplimiento, con vulneración de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil, y que, además, en la medida en que causan, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, debe reputarse abusiva y, por ello, nula”. En el mismo sentido se pronuncia la SAP Asturias, 22 de octubre de 2002 (AC, 2002, 2310), que concedió una indemnización por daño moral a dos pasajeros, cuyo vuelo sufrió un retraso de treinta horas, perdiendo, además, su equipaje, que sólo pudieron recuperar al cabo de siete días. Como consecuencia de todo ello se reconoce un padecimiento síquico de los viajeros, agravado por la circunstancia de que uno de ellos no pudo asistir a las sesiones de un congreso, que era el objetivo profesional de su viaje. El daño moral se cuantificó en doscientas mil pesetas. La misma doctrina del carácter abusivo de la cláusula de exoneración de responsabilidad del transportista es expuesta por la SAP Asturias, 28 de noviembre de 2002 (AC, 2002, 540), que también concede una indemnización del daño moral a los viajeros, por un retraso del avión y posterior pérdida de su enlace.

La SAP Madrid, 15 de enero de 2002 (JUR, 2002, 105765) consideró igualmente nula la cláusula, por la que el transportista no garantizaba el horario de vuelo, ni los enlaces. Afirma, así, que se trata de una cláusula abusiva y, por lo tanto, ha de considerarse como no puesta, porque: “deja al arbitrio de la demandada el cumplimiento contractual del contrato de pasaje aéreo”. Admitió la demanda resarcitoria de los viajeros, concediéndoles una indemnización por daño moral de ciento cincuenta mil pesetas, porque, como consecuencia del retraso, se originó un cambio en sus planes vacacionales que les obligó a pernoctar el primer día de las mismas en un destino, no deseado, y a demorar la llegada al destino elegido. La SAP Madrid, 14 de mayo de 2004 (AC, 2004, 1542), que reitera la nulidad de cláusula de exoneración de res-

D) Contratos bancarios: exoneración por el uso indebido de tarjetas de crédito

En el ámbito de los contratos bancarios merece destacarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, de 24 de septiembre de 2003 (AC, 2003, 1475), la cual, como consecuencia de la demanda interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios contra cuatro importantes entidades bancarias, enjuició la validez de diversas cláusulas de exención de responsabilidad utilizadas por dichas entidades.

La referida sentencia consideró nulas, por abusivas, las siguientes cláusulas:

- a) La cláusula de exoneración del banco de todo tipo de responsabilidad en la prestación de sus servicios a través de banca electrónica, por fallos propios de su sistema informático o por la intromisión de terceros fuera del control del banco, afirmando que: “ello supone desplazar la responsabilidad que incumbe al Banco por el mal funcionamiento de sus servi-

ponsabilidad por retraso o pérdida de enlaces, aporta, como novedad, la cuantificación del daño moral, que fija en dos mil euros. En el caso litigioso se produjo un retraso de siete horas, que frustró el inicio del conjunto programado de actividades del viajero, miembro de una misión comercial a Washington, así como la pérdida de su equipaje, que fue recuperado al cabo de dos días de su extravío.

La SAP Sevilla, 31 de octubre de 2003 (AC, 2003, 1686) consideró igualmente nula la cláusula de exoneración de responsabilidad por retraso y pérdida de enlace, aunque, en este caso, no concedió una indemnización por daño moral, sino, tan sólo, por el importe del billete de avión. El viajero, que, debido a un retraso de su avión de casi cuatro horas, había perdido su enlace, argumentaba que, como consecuencia de ello, no había podido reunirse con quienes habían contratado sus servicios de vigilancia, extremo éste, que el Tribunal no consideró demostrado. Dice, así, que, no habiéndose probado “la importancia de lo perdido, y ni siquiera si en efecto se ha perdido, ni por tanto, la afectación física, no procederá la indemnización del daño moral”.

La jurisprudencia ha considerado también nula la cláusula de exoneración de responsabilidad cuando la misma es incluida en el contrato de transporte por carretera. La SAP Málaga, 28 de octubre de 2003 (AC, 2003, 1838) reputó abusiva la cláusula, por la que la empresa transportista declinaba toda responsabilidad por los daños causados por retrasos, supresión de salidas o pérdida o conexión con otro transporte, ya que con ella “se está privando o limitando al consumidor de todos los derechos que pudieran corresponderle por el incumplimiento total, parcial o defectuoso del profesional, en este caso la empresa de transporte. Teniendo además esta cláusula falta de reciprocidad, ya que impone al viajero su obligación de pagar el billete, es decir, cumplir su deber, aun cuando el profesional (empresa de transporte) no cumpla el suyo o lo cumpla defectuosamente”. En el caso litigioso, el demandante no pudo viajar en autobús, porque había huelga, de la que no le advirtió la empresa, al comprar el billete, y no existir servicios mínimos; en consecuencia, debió viajar en avión para poder llegar a una entrevista de trabajo. La Audiencia condenó al transportista a pagar el importe del billete de avión, guardando silencio sobre el posible daño moral sufrido por el viaje, cuyas vicisitudes e intranquilidad pone de manifiesto, al no haber pedido éste su resarcimiento.

cios y organización administrativas hacia su cliente sin ninguna contraprestación para éste, vulnerando el principio de responsabilidad por causación del daño cuando ninguna participación en él ha tenido el cliente perjudicado”.

- b) La cláusula de exoneración de responsabilidad por incidencias de tipo técnico u operativo en los cajeros automáticos o terminales de captura, precisando⁴⁵ que dicha nulidad procede por las mismas razones que las expuestas al declarar la nulidad de la cláusula anterior. Dice, así que: “no puede el Banco eximirse de responsabilidad por el mal funcionamiento en su sistema operativo que afecte a los cajeros automáticos o terminales de las capturas, sea cualquiera la causa, cuando el cliente no tiene ninguna participación en los mismos”.
- c) La cláusula que exonera a la entidad bancaria de responsabilidad por pérdida, sustracción o manipulación de cheques, por considerar que esto “implica hacer responsable al cliente de las consecuencias económicas de errores imputables al Banco”.

La mencionada cláusula vulnera, además, explícitamente, el artículo 156 de la ley del Cambiaria y del Cheque, precepto imperativo⁴⁶, que establece una responsabilidad objetiva a cargo del Banco⁴⁷, el cual responde por el mero hecho

⁴⁵ En el auto de aclaración, de 13 de octubre de 2003.

⁴⁶ Así lo confirma la SAP Salamanca, 13 de septiembre de 1996 (AC, 1996, 6219), que, precisamente, declara nula la cláusula de exoneración de responsabilidad del banco, por el pago de cheques falsos. Dice, así, que el artículo 156 de la ley Cambiaria y del Cheque es: “una norma imperativa que ha de prevalecer e imponerse frente a los pactos que las partes puedan celebrar, en contra de su contenido; de ahí el que lo pactado por las partes (...) en lo que a responsabilidad se refiere, la que asume el librador de los talones, sin más, eximiendo de ella al Banco, librado de los mismos, sea contrario y choque frontalmente con tal norma imperativa”.

⁴⁷ El precepto zanjó la vieja polémica acerca de quién debía soportar el riesgo del pago de un cheque falso.

Una parte de la doctrina y de la jurisprudencia sostuvo la tesis de que, si la falsificación era tan perfecta, que no podía ser detectada más que por medios técnicos extraordinarios o especiales conocimientos caligráficos, había que entender que el Banco había pagado de buena fe a un acreedor aparente (esto es, a quien presentaba el cheque al cobro); por lo que quedaba liberado, por aplicación del artículo 1.164 CC, y no debía restituir al titular de la cuenta corriente la cantidad pagada.

En la actualidad esta tesis es insostenible a la luz del artículo 156 de la ley Cambiaria y del Cheque, que establece una responsabilidad objetiva del Banco, en el caso de pago de cheques falsos, por razón del riesgo profesional, de la que sólo puede eximirse probando que sus dependientes obraron con diligencia al comprobar la autenticidad de la firma y que sólo al cliente le es reprochable el haber procedido con culpa o negligencia.

Como explica la STS, 9 de febrero de 1998 (RJ, 1998, 705) se trata de una aplicación de “la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, por lo que el librado debe sufrir el daño cuando hace efectivo un talón, cuya firma es falsa, debido a que solo está autorizado a pagar los cheques emitidos por el librador”.

del pago de un cheque falso, incluso, aunque sus dependientes hubieran actuado con la diligencia propia de un comerciante experto, que normalmente ejerce funciones de depósito y de comisión, al comprobar la autenticidad de la firma⁴⁸. El Banco sólo puede eximirse de responsabilidad, probando que el pago del cheque falso se debió, exclusivamente⁴⁹, a la negligencia del titular de la cuenta corriente en la custodia del talonario⁵⁰ o a su culpa exclusiva (por ejemplo, se paga un cheque con una firma hábilmente falsificada, unida a la falta de notificación inmediata de la sustracción del talonario, una vez que se conoce esta circunstancia⁵¹ o

⁴⁸ Según observa la STS, 15 de julio de 1988 (RJ, 1988, 5717): “la diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde al demandado como Banco, comerciante experto que, normalmente ejerce funciones de depósito y de comisión, por lo cual, según se establecen en los artículos 255 y 307 del Código de Comercio, se le exige un cuidado especial en estas funciones, sobre todo, si se tiene en cuenta que las entidades bancarias encuentran una buena parte de su justo lucro en tales cometidos”.

⁴⁹ El tenor del artículo 156 de la ley Cambiaria y del Cheque es el siguiente: “El daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia, o hubiera procedido con culpa”.

No es, sin embargo, admisible, una interpretación literal del precepto, que permita al banco invocar la negligencia del cliente (en la custodia del talonario o al comunicar su extravío, sustracción o robo) para eximirse de responsabilidad, si él también obró negligentemente, al comprobar la autenticidad de la firma, en cuyo caso la jurisprudencia suele aplicar la teoría de la compensación de culpas, reduciendo el “quantum” de la indemnización debida por el banco, normalmente, al cincuenta por ciento del importe de los cheques pagados. Cfr., en este sentido, STS, 18 de julio de 1994 (RJ, 1994, 6446); SAP Burgos, 24 de noviembre de 1995 (AC, 1995, 2582); SAP Vizcaya, 11 de octubre de 1996 (AC, 1996, 2033); SAP Castellón, 14 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2109).

Por lo tanto, el banco sólo puede quedar totalmente liberado de responsabilidad, si concurre culpa exclusiva del cliente, ya que la finalidad del precepto no es la de liberar de responsabilidad al banco negligente, sino la de hacerle responder, incluso, aunque no le sea reprochable una falta de diligencia al examinar la autenticidad de la firma del cheque falso, responsabilidad que sólo puede cesar, en el caso de que demuestre que fue, exclusivamente, el cliente, quien procedió con negligencia.

⁵⁰ La SAP Burgos, 24 de noviembre de 1995 (AC, 1995, 2582) considera negligente el comportamiento del titular que deja su talonario en los cajones de dos mesas de una oficina, lugar al que tenía acceso una aprendiz, sin guardarlos bajo llave, “máxime cuando algunos de los talonarios estaban ya incluso firmados por la persona con firma autorizada y estampados con el sello de la empresa titular de la cuenta, lo que constituye una evidente negligencia en la custodia de los talonarios, que debe conducir necesariamente a la moderación de responsabilidad del librado”, aplicando, en consecuencia, la teoría de la compensación de culpas, y concediendo al demandante el reembolso de la mitad del importe de los cheques indebidamente cobrados.

⁵¹ La SAP Burgos, 3 de diciembre de 1997 (AC, 1997, 2434) estimó diligente la conducta del cliente que comunica al banco la sustracción del cheque, poco después de que la conoce, afirmando: “que el legislador no impone al librador que impida el delito, sino que obre sin culpa o negligencia y no parece que pueda ponerse en duda que es diligente el actuar de quien habiendo sido robado, pone en poco tiempo en conocimiento del banco, en la misma mañana, el hecho”.

que debió haberse conocido⁵²), habiendo entendido la jurisprudencia que no es negligente la conducta de quien remite un cheque nominativo por correo ordinario⁵³, aunque sí la de quien remite por este tipo de correo un cheque al portador⁵⁴.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, de 24 de septiembre de 2003, consideró, en cambio, válida la cláusula de exención de responsabilidad del banco por el extravío o sustracción de las tarjetas de crédito o de débito, antes de que el titular notifique su pérdida, afirmando que: “lo contrario sería desplazar la obligación de custodia que tiene el propietario sobre dichos instrumentos” y “que después de comunicar el extravío es el Banco quien asume la responsabilidad que se derive de su actuación”. Asimismo, consideró que no era abusiva la cláusula, que habitualmente suele acompañar a la anterior, en virtud de la cual quedaba establecida la culpa del titular de la tarjeta, en el caso de uso fraudulento del número secreto de la misma: “toda vez que si se produce es también consecuencia de la negligente custodia, y en la cláusula se incluye la exoneración de responsabilidad cuando el uso de la tarjeta por tercero hubiera sido consecuencia de una coacción”.

74 No estamos de acuerdo con la validez general de la cláusula de exención de responsabilidad del banco por operaciones realizadas por terceros con tarjetas extraviadas o sustraídas con anterioridad a la notificación de su pérdida o sustracción; y ello, a pesar de que tal validez ha sido confirmada, a nuestro entender, erróneamente, por la reciente SAP Madrid, sección 13ª, 11 de mayo de 2005 (recurso de apelación 15/2004), que, en su fundamento de Derecho decimotercero, afirma compartir:

“con el Juzgado de procedencia [el número 44 de Madrid] la consideración de que cualquier cargo que se hiciese en la cuenta del cliente tras

⁵² La SAP Castellón, 14 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2109) considera negligente el comportamiento del titular que deja un talonario de cheques en un maletín depositado en el maletero de su automóvil, estacionado en un aparcamiento: “habiendo advertido cuando fue a recoger su vehículo que la guantera del coche estaba abierta, lugar en el que curiosamente tenía otro talonario de una entidad financiera diferente, debiendo de haber quedado alertado por este hecho hasta el punto de comprobar el estado general del coche, lo que hubiera posibilitado el advertir que la cerradura de la puerta derecha del vehículo había sido forzada y que por lo tanto había sido objeto de un robo”. No obstante, aprecia la existencia de culpa concurrente del banco, por lo que, aplicando la teoría de la compensación de culpas, concede al demandante el derecho a obtener el reembolso del cincuenta por ciento del importe del talón falsificado.

⁵³ Cfr. SAP Madrid, 31 de marzo de 1993 (AC, 1993, 723); SAP Sevilla, 20 de mayo de 1994 (AC, 1994, 797); SAP Madrid, 14 de diciembre de 1994 (AC, 1995, 34); SAP Madrid, 19 de junio de 1998 (AC, 1998, 1532).

⁵⁴ Cfr. SAP Castellón, 12 de abril de 1997 (AC, 1997, 1686).

las sustracción o extravío de [la tarjeta] es ajena a la responsabilidad de la entidad emisora de la misma en cuanto no se le haya comunicado por el interesado ni haya podido conocer por otro medio el hecho de su ilícita utilización”.

A nuestro parecer, la cláusula que exime de responsabilidad a la entidad bancaria, por las operaciones realizadas antes de que el titular comunique la pérdida o sustracción de la tarjeta, haciendo abstracción del grado de diligencia observado por aquél en su custodia y en la comunicación de su pérdida o sustracción, es abusiva y ha de tenerse por nula⁵⁵. A pesar de que el contrato de tarjeta no tiene una regulación específica en nuestro Derecho, creemos que es el banco quien ha de soportar el riesgo de que una tarjeta de crédito o débito sea usada por un tercero⁵⁶ y sólo puede quedar liberado de responsabilidad, si

⁵⁵ Lo apunta la SAP Castellón, 26 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2131) cuando afirma que: “Aunque nada se alegue o se diga en el proceso, no sería aventurado mantener que probablemente serían abusivas aquellas cláusulas que exoneran de responsabilidad en todo caso (es decir, sin tener en cuenta las circunstancias del caso concreto) a la entidad bancaria por cargos realizados con tarjetas sustraídas antes de tener conocimiento el banco de dicha circunstancia”.

⁵⁶ Y ello, en virtud de la doctrina del riesgo profesional inherente al tráfico bancario, sancionada por el artículo 156 de la ley Cambiaria y del Cheque en el caso de pago de cheques falsos, que, aplicada al caso que nos ocupa, da lugar a la asunción de responsabilidad del banco por las operaciones realizadas irregularmente por terceros con tarjetas que él emite, y a través de las cuales obtiene una parte importante de sus beneficios; responsabilidad de la que sólo puede quedar exonerado si demuestra la culpa exclusiva del titular de la tarjeta en su custodia o en la comunicación de su pérdida o sustracción.

La SAP Tarragona, 20 de marzo de 2001 dice, así, que: “La entidad bancaria debe tomar todas las precauciones a su alcance para evitar el uso fraudulento de la tarjeta, procurando la efectividad de los sistemas de seguridad que le incorpora (firma del titular, código numérico secreto, medios internos de activación y desactivación de la tarjeta)”; concluye: “Esta entidad contratante asume frente al cliente el correcto funcionamiento del sistema; a cuyos efectos es importante señalar la obligación del establecimiento comercial [donde se use la tarjeta] no sólo de contrastar la coincidencia de la firma estampada del recibo con la obrante en la tarjeta, sino también comprobar la identidad del portador, ya que se trata de un documento personalizado”. Por lo tanto, el banco responde frente al cliente de la negligencia de los establecimientos comerciales, que no comprueban la autenticidad de la firma de quien utiliza la tarjeta o no comprueban la identidad de aquél.

La SAP Castellón, 26 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2131) explica la responsabilidad de la entidad bancaria emisora de la tarjeta, por los daños ocasionados por la negligencia de los establecimientos comerciales en que se usó, al no comprobar la firma del usuario y exigir su acreditación, explicando que: “producida una anomalía en el círculo de venta mediante tarjeta de crédito (...) al titular de la misma no se le puede obligar a comenzar un proceloso camino de exigencia de responsabilidad a cada uno de los establecimientos mercantiles, con los que, además, no le vincula relación alguna”; y añade: “Es el banco quien tiene los medios, sea a dichos establecimientos, sea (...) a la entidad franquiciada propietaria de Visa”. “Lo contrario

prueba que el daño producido como consecuencia de la utilización de la tarjeta por tal tercero es, exclusivamente, imputable a un comportamiento culpable del cliente⁵⁷, porque éste no usó la diligencia propia de un buen padre de familia en su custodia⁵⁸ o demoró excesivamente la comunicación de su pérdida o

—concluye— equivaldría a crear en perjuicio del consumidor una inadmisibles ‘esfera de irresponsabilidad’ por parte del banco con quien se halla vinculado contractualmente, acrecentada además por la complejidad que revisten las redes de las tarjetas de crédito”.

La SAP Baleares, 25 de junio de 1999 (AC, 1999, 8828) observa que la relación que surge del contrato de tarjeta: “reporta beneficios económicos a la entidad emisora y al comerciante, y así el titular de la tarjeta puede legítimamente esperar que los demás intervinientes (entidad emisora y establecimientos asociados) conocedores de la calidad de personal e intransferible de la tarjeta se cercionarán de la identidad de los usuarios, comprobarán la autenticidad de la firma, y en su caso, solicitarán la exhibición de la oportuna documentación acreditativa”. En contra de esta orientación jurisprudencial se orienta, en cambio, a nuestro parecer, erróneamente, la SAP Madrid, sección 13ª, 11 de mayo de 2005 (recurso de apelación 15/2004), la cual afirma que: “se ha de tener en consideración la pluralidad de personas —físicas o jurídicas— que intervienen en el proceso de emisión, expedición y uso de las tarjetas de crédito, así como los contratos en los que participa cada uno de ellos. Partiendo de tal consideración es claro que en las operaciones llevadas a cabo entre el titular de la tarjeta y el establecimiento en el que se pretende usar como medio de pago no interviene la entidad bancaria que expide tales tarjetas por lo que, aplicando el principio de relatividad de los contratos contemplado en el art. 1257 del Código Civil, no le alcanza la responsabilidad que pudiera derivarse de aquellas operaciones”.

⁵⁷ Del mismo modo en que el banco, cuyos dependientes han sido negligentes en la comprobación del cheque falso, no puede eximirse de su propia culpa, invocando la del cliente en la custodia del talonario o en la excesiva demora en comunicar su pérdida o sustracción, tampoco, aquí, el banco puede invocar la negligencia del titular de la tarjeta para eximirse de responsabilidad por su propia culpa o la de los establecimientos comerciales, que no comprueban la identidad del usuario o que no se muestran diligentes al verificar la autenticidad de la firma plasmada en el recibo de la compra. La jurisprudencia aplica, no obstante, en estos casos, la teoría de la compensación de culpas, reduciendo la cuantía de la indemnización, que tiene que pagar el banco, como la aplica también en el caso de pago de cheques falsos: cfr., así, SAP Castellón, 26 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2131); SAP Baleares, 20 de marzo de 2003 (199769) y SAP Huesca, 31 de octubre de 2003 (JUR, 2004, 42398).

⁵⁸ El parámetro para enjuiciar la diligencia del titular de la tarjeta es el del buen padre de familia, según confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, 28 de junio de 2002 (AC, 2002, 1238), que no considera negligente la actuación del titular de la tarjeta, a quien un extraño, cuando esperaba que el cajero le devolviera la tarjeta, le manifestó que se le habían caído dos mil pesetas y aprovechó el momento en que se agachó para apoderarse de su tarjeta y poner en la ranura del cajero otra de apariencia exterior idéntica. Observa que el uso normal de la tarjeta en un cajero automático expuesto al público implica un cierto riesgo de que el mismo pueda ser visionado por terceros, sin que el usuario del servicio necesariamente y en todo caso se aperciba de ello, aun cuando emplee una diligencia razonable, especialmente en zonas muy transitadas en las que no es posible verificar de forma simultánea la ejecución de las instrucciones que aparecen en la pantalla y la vigilancia de cuanto ocurre a la espalda”. En el mismo sentido, se orienta la SAP Baleares, 231/2004, de 28 de mayo (Act. Civ. 21 de diciembre de 2004), conforme a la cual: “Incumbe al titular de la tarjeta un deber de custodia que, desde

sustracción, desde que tuvo conocimiento de ella⁵⁹ o desde que razonablemente pudo haber sospechado que le había sido sustraída (por ejemplo, cuando en el extracto mensual figuran reflejadas operaciones que él no ha realizado⁶⁰, cuando ha sido forzada la puerta del automóvil en el que guardaba la tarjeta⁶¹ o cuando ha habido un robo en el propio domicilio⁶²), siendo nula la estipulación que se contiene en algunos contratos, según la cual el banco queda exonerado de responsabilidad, si el titular no denuncia la sustracción en el plazo de vein-

luego, puede generar responsabilidad, pero que al propio tiempo no incluye la adopción de medidas de diligencia extraordinaria, sino simplemente 'ex' art. 1104 del CC, la que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, exigiéndose, en definitiva, la diligencia de un buen padre de familia". En concreto, la sentencia considera que no puede: "considerarse sin más que dejar la tarjeta en el interior del vehículo suponga falta de diligencia en la custodia de la tarjeta, pues es obvio que no puede adquirir el compromiso de llevarla siempre encima, amén de que lógicamente así se excluye el robo".

⁵⁹ La SAP Salamanca, 7 de junio de 2004 (AC, 2004, 1347) considera negligente la conducta de la titular de la tarjeta, que, apercibiéndose que su tarjeta de crédito le había sido sustraída, sin embargo, no lo comunica al banco hasta el día siguiente, realizándose, entretanto, diversas extracciones de dinero en cajeros automáticos. Dice, así, que: "es verdad que al titular de la tarjeta no puede imponérsele la obligación de comprobar en cada momento si sigue teniéndola en su poder, pero la más elemental diligencia se exige que, tan pronto como tenga la certeza, o incluso sospeche fundadamente que la ha extraviado o que puede habersele sustraída, lo ponga en conocimiento de la entidad bancaria a fin de que proceda al bloque o cancelación de la misma".

⁶⁰ La SAP Baleares, 25 de junio de 1999 (AC, 1999, 8828) no considera negligente la conducta del titular de la tarjeta, que comunica su sustracción su pérdida o sustracción, cuatro días después de la última operación hecha con ella, pero inmediatamente después de haber comprobado que el extracto mensual de su cuenta figuraban movimientos que no correspondían a operaciones realizadas por él. Dice, así, que: "el artículo 1104 del Código Civil establece como módulo de diligencia el que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y que la doctrina considera diligencia de un buen padre de familia, y en el caso que nos ocupa incumbe al titular de la tarjeta un deber de custodia (...) en el sentido de comunicar con celeridad a la entidad bancaria la pérdida o sustracción de la tarjeta, pero en la misma no se indica y sería exagerado pretender que el titular comprobase cada hora del día si la ha sido robada o sustraída una tarjeta de crédito".

⁶¹ La SAP Castellón, 26 de octubre de 1998 (AC, 1998, 2131) consideró negligente la conducta del titular de la tarjeta, al: "haber dejado de tomar las medidas de comprobación acerca de las consecuencias del robo, una vez apreciado que la puerta delantera derecha del vehículo había sido forzada. El cliente tan sólo actúa (...) cuando recibe uno de los cargos del banco, y tarda tiempo en comunicarlo al banco".

⁶² La SAP Baleares, 20 de marzo de 2003 (199769) consideró negligente el comportamiento de la titular de la tarjeta, la cual, sólo comunica el robo de la tarjeta pasados treinta y dos días, del robo cometido en su domicilio, al percatarse de que en el extracto mensual de su cuenta se reflejaban movimientos que no correspondían a operaciones suyas. Dice, así, que: "quien ha sido víctima de un robo domiciliario, debe examinar con prontitud si le ha sido sustraída alguna tarjeta de crédito, y, en caso afirmativo comunicarlo rápidamente al teléfono oportuno para que no pueda ser fraudulentamente utilizada".

ticuatro horas, a contar desde que ésta se produjo, ya que, en ocasiones, es posible que no se aperciba de que la tarjeta le ha sido sustraída hasta después de pasado dicho plazo, sin que ello signifique necesariamente que ha procedido negligentemente⁶³.

Asimismo, nos parece igualmente nula la cláusula por la cual se establece la culpabilidad del cliente en el caso de uso fraudulento del número secreto, salvo en el caso de que pruebe haberlo rebelado bajo coacción, ya que, contra lo que expone la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 44 de Madrid, de 24 de septiembre de 2003, no es proporcionado ni equitativo presuponer que el uso indebido por un tercero del número secreto es debido a una falta de diligencia en su custodia, ya que la moderna tecnología posibilita la manipulación de tarjetas y la averiguación de las claves de acceso, existiendo, además, cierto tipo de delincuentes que se valen de diversos artificios, colocados en los cajeros automáticos, para averiguar el número secreto, sin apercibirse de ello el titular, como, por ejemplo, videocámaras⁶⁴. A nuestro parecer, esta cláusula es contraria al justo equilibrio de las prestaciones y, por lo tanto, a de considerarse abusiva⁶⁵, de modo que el cliente podrá reclamar del banco los cantidades que un tercero haya obtenido por operaciones de disposición de fondos realizadas en cajeros automáticos, recayendo sobre la entidad bancaria

⁶³ Así lo afirma la SAP Madrid, 28 de noviembre de 2003 (JUR, 2004, 89327) que considera la cláusula en cuestión nula, por abusiva: “desde el momento en que el (...) plazo de veinticuatro horas dificulta extraordinariamente la posibilidad de resarcimiento y comporta un correlativo beneficio para la demandada que se verá exenta de indemnizar más que en las ocasiones en que la notificación se realiza en este exiguo lapsus temporal”. En concreto, estimó que no había sido negligente el proceder de la titular de la tarjeta, que había tardado en darse cuenta cinco días de que la tarjeta le había sido robada en el metro.

⁶⁴ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, número 13, de marzo de 2003 (AC, 2003, 881), llama la atención sobre estas circunstancias y afirma que: “la probabilidad derivada de la experiencia social de utilización fraudulenta de la tarjeta con retirada de efectivo sin culpa o negligencia alguna del titular en la custodia, exigen que la acreditación de la culpa venga avalada por algún medio probatorio más allá de la mera presunción”.

⁶⁵ La SAP Baleares, 231/2004, de 28 de mayo (Act. Civ. 21 de diciembre de 2004), afirma que: “la cláusula que sólo exonera de responsabilidad al consumidor en caso de obtención del PNI bajo coacción, entendida ésta como la fuerza física o moral ejercida sobre la persona para doblegar su voluntad, no es proporcionada ni equitativa, de tal suerte que si el consumidor acredita que empleó una diligencia media en la utilización y custodia de la tarjeta no puede recaer sobre él la totalidad de las consecuencias patrimoniales dañosas, imputándole de forma automática un dolo, mala fe o culpa sin posibilidad de articular prueba en contrario”. Más adelante, añade que la previsión contractual: “en la medida que establece la ‘iuris et de iure’ la responsabilidad del titular en todos los casos en que se use el número secreto, salvo que se demuestre que se vio obligado a revelarlo bajo condición es contraria al justo equilibrio de los intereses (...) y debe ser calificada de abusiva y por tanto nula de pleno derecho”. En el mismo sentido se había pronunciado la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, de 28 de junio de 2002 (AC, 2002, 1238).

que quiera eximirse de responsabilidad la prueba de negligencia en la custodia de la tarjeta⁶⁶ y de su número secreto⁶⁷ (por ejemplo, demostrando que el titular llevaba el número secreto, junto a la tarjeta⁶⁸).

En este punto, hay que observar que la SAP Madrid, 11 de mayo de 2005, al menos, en cierta medida, matiza (aunque, en nuestra opinión, no llegue a una solución satisfactoria) la de primera instancia, al reconocer que

⁶⁶ La SAP Castellón, 5 de noviembre de 2003 (AC, 2004, 211) dedujo la falta de diligencia de la titular de la tarjeta de la circunstancia de que ésta había tardado cuarenta y dos días, a contar desde la posible sustracción de la tarjeta, en comunicar dicha circunstancia a la entidad bancaria. Afirma que: “partiendo del hecho de que jamás el actor había utilizado la tarjeta desde que suscribió el contrato con la entidad demandada, hace prácticamente imposible pensar en el caso de que un tercero se hubiera podido agenciar el PNI a través de algún sistema fraudulento de videocámara por ejemplo”.

⁶⁷ La cláusula que obliga al titular de la tarjeta a demostrar su ausencia de culpa en la custodia de la tarjeta y del número secreto infringe el artículo 10 bis de la ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que, en su apartado 19, establece como cláusula abusiva: “La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”.

En tal sentido, se pronuncia la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, número 13, de marzo de 2003 (AC, 2003, 881), que afirma que: “la deducción de la presunción de culpa de haberse efectuado las disposiciones del efectivo mediante la utilización de la clave acarrea desplazar la carga probatoria al consumidor (...) que se vería sometido a la dificultosa y poco menos que inalcanzable exigencia de acreditar que actuó con la debida diligencia en la custodia de las tarjetas y las claves correspondientes”.

La SAP Toledo, 1 de julio de 1999 (AC, 1999, 1739) afirma que: “la carga de probar la culpa del titular de la tarjeta incumbe a la entidad demanda que opone esta causa excluyente del límite de responsabilidad pactado”, observando que no cabe excluir la posibilidad de hipótesis, lógicas y verosímiles, que expliquen el conocimiento del número secreto por terceras personas no autorizadas, sin mediar una conducta negligente o incumplidora de sus obligaciones negociales por parte de la usuaria de la tarjeta, dado que la mera utilización ordinaria de la misma entraña un riesgo evidentemente de que tal información sea subrepticamente captada”.

⁶⁸ La SAP Baleares, 17 de julio de 2000 (AC, 2000, 2036) dedujo que la titular de la tarjeta había guardado su número secreto en el mismo bolso que aquélla, el cual le fue sustraído del mostrador de un hospital, de la circunstancia de que, aproximadamente una hora y media después de la sustracción, se habían realizado varias operaciones de reintegro en cajero automático con cargo a su tarjeta. Dice, así, que: “habida cuenta de que el infractor estuvo en condiciones de acceder al número secreto de la tarjeta, número PIN, en un máximo de una hora y media desde su obtención, la conclusión que se infiere de los hechos es que el número PIN que daba acceso a la cuenta del demandante se hallaba dentro del bolso extraviado”. Añade que: “no existió posibilidad técnica de que éste accediera al PIN por otros medio distintos (...) por cuanto el acceso a tales claves en similar tiempo exigiría unos conocimientos, unos medios técnicos y un tiempo de dedicación que no podían razonablemente concurrir en el caso (...) además acontece (...) que el tecleado del número se produjo (...) al primer intento”.

La SAP Salamanca, 7 de junio de 2004 (AC, 2004, 1347) considera negligente la conducta de la titular, que llevaba en la cartera el número secreto de su tarjeta, junto con ésta, afirmando que: “hoy en día cualquier usuario de este producto bancario, absolutamente generado en la actualidad, es conocedor de la trascendencia de mantener el secreto del número PIN y, especialmente, de no acompañarlo de la tarjeta de la que constituye llave de acceso”.

“la ‘coacción’ y la ‘fuerza mayor’ no agotan los supuestos no imputables al titular de la tarjeta o libreta –siendo posible, entre otras posibilidades, la apuntada por la actora en el sentido de que, disponiendo de equipo técnico adecuado, resulte innecesario conocer el número secreto– ahora bien, ello tampoco permite imputar genéricamente al banco o caja el cargo indebido que se haya podido efectuar, debiendo examinar cada caso concreto para determinar su posible responsabilidad”.