

¿*Culpa lata dolo aequiparatur* en las cláusulas limitativas de responsabilidad?

JAVIER TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA

Letrado del Consejo de Estado

Doctor en Derecho

(Acreditado a profesor titular de universidad)

RESUMEN

El presente estudio examina si la culpa grave equivale al dolo a efectos de la posible no aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad contractual, muy frecuentes en los contratos de compraventa de activos o sociedades. Con una metodología cercana a la jurisprudencia de intereses, se sostiene que la solución no tiene por qué ser la misma en el caso de exclusión completa de responsabilidad contractual por culpa grave (que es el supuesto más estudiado por la doctrina que acepta la equiparación) que en el caso de mera limitación de dicha responsabilidad. Se estudian los antecedentes históricos de la cuestión, así como el resultado del análisis económico del Derecho en este punto, incluyendo la posibilidad de aseguramiento (seguros de manifestaciones y garantías y seguro de responsabilidad contractual incluyendo cobertura de culpa lata). Se analiza el significado que tiene la equiparación que –a ciertos efectos específicos– se establece en distintos artículos del Código Civil o en la legislación del transporte terrestre, así como en Derecho comparado. Se sostiene la tesis de que con carácter general es lícito limitar convencionalmente la responsabilidad contractual por culpa grave entre empresarios.

PALABRAS CLAVE

Culpa grave, dolo, equiparación, responsabilidad contractual, cláusulas limitativas de la responsabilidad, seguros de manifestaciones y garantías, seguro de responsabilidad con cobertura de culpa grave.

Culpa lata dolo aequiparatur in liability limitation clauses?

SUMMARY

The following study examines whether gross negligence is equivalent to intent (dolus) for the purposes of the non-application of contractual liability limitation clauses, which are very common in agreements for the sale and purchase of assets or companies. Using a methodology close to «jurisprudence of interests», it is argued that total exclusion of contractual liability for gross negligence (which is the instance that has been analysed the most by doctrine) does not necessarily have to receive the same legal answer as the mere limitation of such liability. The historical background of the issues is analysed, as well as the outcome of the economic analysis of the law on this point, including the possibility of insurance (representations and warranties insurance and contractual liability insurance including liability for gross negligence). The significance of the equivalence established for certain specific purposes in various articles of the Civil Code or in land transport legislation (as well as in compared Law) is also examined. The thesis that it is generally lawful to limit contractual liability for gross negligence by agreement between traders.

KEY WORDS

Gross negligence, dolus, aequiparatio, contractual liability, liability limitation clauses, warranty and indemnity insurance, gross negligence liability insurance.

SUMARIO: I. Introducción: jurisprudencia de conceptos o de intereses.—II. Relevancia económica de la cuestión y análisis económico del derecho: el punto de vista del seguro.—III. Dolo y culpa grave.—IV. La (no) equiparación antes de la codificación. V. La codificación. VI. Otros supuestos específicos en el Código Civil Español y en leyes especiales: su significado.—VII. La jurisprudencia y sus equívocos.—VIII. La no equiparación entre culpa grave y dolo a los efectos de la aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad.—IX. En especial, la limitación de responsabilidad por culpa grave de dependientes o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento.—X. La cuestión en los nuevos proyectos de derecho civil.—XI. Conclusión.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS O DE INTERESES

El objeto de este artículo es determinar si, al igual que sucede en el caso de dolo, puede afirmarse que la concurrencia de culpa grave del deudor hace inaplicables o nulas las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en toda clase de contratos entre empresas. El artículo 1102 del Código Civil claramente establece que la renuncia (debemos entender también incluida la limitación) de la acción para exigir el cumplimiento de la responsabilidad procedente del dolo es nula. Lo que aquí se dilucida es si la limitación (que no la renuncia completa) de la responsabilidad exigible por culpa grave (no por dolo) es igualmente nula o inaplicable, a pesar de que el artículo 1103 del mismo Código Civil no habla expresamente de la renuncia a, ni de la limitación de esta responsabilidad.

Se excluye por tanto del ámbito de este trabajo la equiparación de la renuncia completa a la responsabilidad por culpa grave a la renuncia a la responsabilidad por dolo: pese a ser el supuesto que cita gran parte de la doctrina favorable a la equiparación entre culpa grave y dolo, tal supuesto no concurre prácticamente nunca en el tráfico¹. En cambio, si las cláusulas meramente limitativas de la responsabilidad contractual se aplican o no en caso de culpa grave es un problema del mayor interés tanto doctrinal como jurisprudencialmente, por la frecuencia con la que puede plantearse y por la importancia de su repercusión económica.

Al ceñirse a los contratos entre empresas, este trabajo no se refiere a los contratos con consumidores, ni a las cláusulas abusivas (las cláusulas limitativas de responsabilidad del comerciante frente a consumidores serán en principio abusivas)². Tampoco se abordarán los problemas específicos que pueden asociarse al uso de condiciones generales para introducir estas cláusulas, incluso en contratos entre empresas.

Se excluye asimismo el estudio del artículo 1107 C.c., es decir, la determinación de si –salvo en caso de mala fe– solo son indemnizables los daños que se hubieran podido prever al tiempo de

¹ Se dio, no obstante, en el caso estudiado por la Sentencia del Tribunal Supremo, anterior al Código Civil, de 2 de julio de 1875, como luego se verá, relativa a un supuesto en el que se pactó que el vendedor «no respondía de cualquier desgracia».

² Artículo 86.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con arreglo al cual son abusivas y por tanto nulas las cláusulas que «limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

Ni esta responsabilidad se basa en la culpa, sino en el artículo 117 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ni es tampoco susceptible de limitación convencional.

constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento, o también los restantes. Esta cuestión, relativa a los daños que son o no son indemnizables, depende de la interpretación que se dé a la expresión «buena fe»³ y es independiente de la validez y aplicación –o no– de las cláusulas que limitan la responsabilidad que nazca de uno u otro tipo de daños (los previsibles y los que no lo son).

Tampoco se extiende este artículo a la supuesta equivalencia entre dolo y culpa grave a efectos de la facultad moderadora del Juez en el artículo 1103 C.c.⁴

Con independencia de lo anterior, las conclusiones que aquí se alcancen sobre el alcance del aforismo *culpa lata dolo aequiparatur* en la cuestión examinada podrían tener consecuencias en la solución de los problemas más arriba mencionados.

El problema de si son lícitas o no las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en caso de culpa grave no se resuelve adecuadamente aplicando una jurisprudencia de conceptos. Con palabras de Luis Díez-Picazo y Ponce de León, «el Derecho no es una formalización abstracta y general», sino «una concreta experiencia de conflictos de intereses» protegidos en mayor o menor medida por el ordenamiento⁵.

La tesis que aquí se defiende es que la genérica equiparación de efectos entre la culpa grave y el dolo, expresada en la máxima *culpa lata dolo aequiparatur*, si bien tiene la ventaja de su sencillez y puede ser útil para explicar determinadas soluciones ofrecidas por el Código Civil a supuestos específicos, no puede erigirse en una solución válida para el supuesto considerado en este trabajo. Rara vez problemas jurídicos complejos se solucionan con meros aforismos⁶. En cambio, en este trabajo se sostiene que la cuestión debe examinarse a la luz de los intereses jurídicamente

³ No es inusual que en la doctrina se atribuya un significado especial al concepto de «buena fe» empleado en este artículo, que en ocasiones se afirma que equivale a la ausencia de dolo y no es susceptible de graduación: así, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 69 y concordantes, y más específicamente en las pp. 730 y 731. De este criterio no parece discrepar DE ÁNGEL YÁGUEZ, R., en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103.

GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146, sostiene que «desde la perspectiva del Código, la culpa lata sigue siendo buena fe en el sentido del artículo 1107».

⁴ Vid., por ejemplo, en GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146, la opinión de que no cabe la moderación de la responsabilidad del artículo 1103 C.c. en caso de *culpa lata*. La gravedad de la culpa parece incompatible con la moderación de la indemnización por el Juez.

⁵ Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.ª ed., Ariel, 1993, pp. 8 y 10.

⁶ Como decía Paulo (D.50, 17, 1), *non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat* (traducción de PARRA MARTÍN, D.: «el derecho no deriva de la regla, sino que ésta se abstrae del Derecho existente»).

protegidos de las partes, alcanzándose la solución contraria al aforismo en la inmensa mayoría de los supuestos, salvo excepciones que se mencionarán.

II. RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA CUESTIÓN Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL PUNTO DE VISTA DEL SEGURO

Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual están presentes en la inmensa mayoría de los contratos celebrados entre empresas, bien sea mediante limitaciones cuantitativas bien mediante limitaciones cualitativas⁷ o de plazo y procedimiento⁸.

Ello se explica porque la limitación de la responsabilidad permite predecir y distribuir riesgos, y en su caso asegurar las posibles consecuencias asociadas al incumplimiento de un contrato entre empresas⁹.

Un gran número de transacciones no tendrían lugar si la potencial responsabilidad del vendedor o del prestador de servicios por culpa grave fuera siempre ilimitada. El problema no se presenta en el caso del dolo, pues como veremos más adelante el vendedor o el prestador de servicios pueden controlar el riesgo de la aparición de dolo en su cumplimiento, sencillamente no cometiéndolo. Pero otro tanto no cabe hacer con la culpa grave: una empresa normalmente no es capaz de predecir con un mínimo de certeza si las actuaciones u omisiones a ella imputables (normalmente, acciones u omisiones de sus empleados) podrán o no ser consideradas como culpa grave por un tribunal o un árbitro. La extrema dificultad práctica a la hora de distinguir entre culpa ordinaria y culpa grave (pese a la existencia de varias tentativas de distinción conceptual, que más adelante analizaremos) hace difícil realizar esta predicción. La negligencia que a un juez puede parecer ordinaria, a otro sin duda le parecerá grave, especialmente si es imputable a un profesional o una empresa¹⁰. En la

⁷ Aquellas que excluyen ciertos tipos de daños y perjuicios, como el lucro cesante o los llamados (por influencia anglosajona) daños indirectos o consecuenciales (ambas expresiones son sinónimas en Derecho inglés). La exclusión de los daños punitivos no tiene sentido en Derecho español, pues no existen.

⁸ Esta posibilidad está expresamente contemplada, y en general aceptada, por Díez-PICAZO en *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, p. 756.

⁹ Así, expresamente, MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Boletín Oficial del Estado, 2017, p. 158.

¹⁰ Como acertadamente manifiesta Morales, «la pericia del vendedor derivada de su condición profesional, puede constituir también un dato muy significativo para medir el grado de diligencia exigible y, por tanto, su posible responsabilidad» (vid. en MORALES

práctica, es a veces más fácil distinguir entre dolo y culpa grave que entre culpa grave y culpa ordinaria.

Por otra parte, si la consecuencia anudada a la declaración del carácter grave de la culpa fuera la no aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por incumplimiento contractual, se produciría una enorme litigiosidad, pues con tal aliciente económico raro sería el acreedor insatisfecho que no tuviera motivos para intentar que la conducta de su deudor fuera calificada de «culpa grave». Tras cada transacción, en caso de incumplimiento culpable se produciría siempre un litigio. Y los costes económicos de las transacciones no podrían determinarse en años.

Por todo lo anterior, el efecto económico de la regla de la equiparación completa entre culpa grave y dolo sería análogo a incrementar de forma exponencial los costes de transacción: muchas transacciones no tendrían lugar, pues el vendedor o prestador de servicios preferirá en muchos casos renunciar al lucro procedente del negocio a afrontar una responsabilidad potencialmente ilimitada y prolongada en el tiempo, o bien el precio se incrementará para reflejar este riesgo añadido¹¹. Por ejemplo, algunos estudios realizados en materia de análisis económico del Derecho ponen de manifiesto que la limitación contractual de responsabilidad contribuye en muchas ocasiones a rebajar el precio de los servicios sin que se produzca en realidad un detrimento apreciable de su calidad¹².

Un caso específico sería el del seguro de manifestaciones y garantías, en virtud del cual una compañía aseguradora cubre el riesgo de responsabilidad del vendedor frente al comprador, derivada de la incorrección de cualquiera de las manifestaciones y garantías formuladas por el vendedor en el contrato. Este aseguramiento es habitual, actuando como tomadores, en fondos de inversión, que

MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 640)

Pero adviértase que lo mismo puede decirse del comprador profesional, en su carga de detectar problemas incluso no evidentes. Será el contrato el que determine los límites precisos de la responsabilidad del vendedor en estos casos.

¹¹ Sobre la eficiencia económica de las cláusulas de limitación de responsabilidad («liquidación de daños»), véase POSNER R., *El análisis económico del Derecho*, 2002, p. 179, 200 y 214 ss. Posner considera que el incumplimiento voluntario puede ser económicamente eficiente en algunos casos, y no contempla que las cláusulas de limitación de responsabilidad queden sin efecto por la existencia de culpa grave.

¹² Véase en el ámbito de la eficiencia económica el trabajo relativo a la limitación de la responsabilidad de los auditores en LOUIS, HENOCK, PEARSON, THOMAS, ROBINSON, DAHLIA, ROBINSON, MICHAEL Y SUN, AMY X., «The Effects of the Extant Clauses Limiting Auditor Liability on Audit Fees and Overall Reporting Quality (August 10, 2018)». *Journal of Empirical Legal Studies*. Véase <https://ssrn.com/abstract=2553562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553562>.

deben liquidar la inversión realizada y repartir el precio obtenido entre sus partícipes sin poder esperar al resultado de eventuales acciones judiciales o arbitrales de responsabilidad derivadas de la venta. Aunque el tomador siempre debe actuar sin culpa grave ante el asegurador en la declaración del riesgo (art. 10, in fine, Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro), en el caso del seguro de manifestaciones y garantías el riesgo de incumplimiento contractual en el contrato subyacente por culpa grave del tomador (vendedor) frente a su contraparte (comprador) está habitualmente cubierto: se parte de la hipótesis de que el tomador no tendrá que abonar ninguna cantidad a su contraparte en el contrato subyacente tras pagar la prima al asegurador. En caso contrario, el seguro de manifestaciones y garantías perdería todo sentido, puesto que el tomador se vería obligado a abonar la diferencia entre el capital asegurado y el daño o perjuicio realmente causado a la contraparte. Si la responsabilidad es ilimitada, y el seguro no la cubre, el propósito práctico del seguro de manifestaciones y garantías se frustra. Y si la cubriera, el cálculo actuarial del riesgo sería prácticamente imposible y el precio de un eventual seguro –incluso si éste fuera posible– sería en cualquier caso demasiado elevado.

III. DOLO Y CULPA GRAVE

El concepto de dolo¹³ como título de imputación de responsabilidad contractual (al que se asocian consecuencias tales como la imposibilidad de excluir o limitar la responsabilidad, o la regla del art. 1.107 C.c.) parece engañosamente simple, pero exige sin embargo muchos matices.

Ante todo, se exige un incumplimiento consciente (conciencia de la antijuridicidad) y voluntario (el incumplimiento involuntario nunca es doloso)¹⁴.

¹³ Los autores clásicos en la doctrina española son Atard (ATARD Y GONZÁLEZ, R., *El dolo en el derecho civil*, Ed. El Adelantado de Segovia, 1925) y Cossío (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955). Con anterioridad, entre otros muchos, POTHIER, *Traité des obligations*, 1764, pp. 42 ss.: «on appelle dol toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper un autre» (cualquier forma de artificio del cual alguien se sirve para engañar a otro).

ATARD subraya que en Derecho Romano el dolo era «engaño malicioso» (*op. cit.*, p. 25). Véase allí una completa evolución histórica del concepto. Atard considera que es dolo (i) la realización de actos que voluntariamente causen la imposibilidad de cumplir, (ii) tergiversaciones para eludir el cumplimiento de las obligaciones, y (iii) negativa sin aducir razón alguna a cumplir las obligaciones asumidas, cuya obligatoriedad se reconoce (*ibidem*, p. 101). No menciona siquiera el dolo eventual.

¹⁴ Véase, además de la Sentencia del Tribunal Supremo 799/2022, de 22 de noviembre, RJ 2022\5646 (FJ 3.º2), la Sentencia de la misma Sala 639/2006, de 9 de junio, que la

Pero esa circunstancia no basta. Además, para la jurisprudencia tradicional, e incluso para la muy reciente, se exige «intención maliciosa de causar un daño contrario a Derecho, un daño antijurídico»¹⁵. No es suficiente¹⁶, por tanto, con que exista un consciente y voluntario incumplimiento para apreciar la concurrencia de dolo, aunque esta circunstancia también se precisa. La jurisprudencia exige para el dolo directo, además de lo anterior, la intención de causar un daño, aunque se acepta también como supuesto de dolo el dolo eventual¹⁷, reconocido en las Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) que sostienen que deben «entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria¹⁸ de la acción» (Sentencias de 9 de marzo de 1962¹⁹, 27 de abril

anterior cita, que exige para la concurrencia del dolo civil un acto «consciente y voluntario», «intencional y malicioso». La Sentencia 799/2022 versa sobre el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro, que habla de mala fe, pero la propia sentencia aclara que «la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico». Por tanto, la definición se refiere no ya al concepto de mala fe en el artículo 19 LCS, sino al dolo civil en general.

¹⁵ Con estas palabras lo define la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 799/2022, de 22 de noviembre, RJ 2022\5646 (FJ 3.º2). Véase la nota anterior.

¹⁶ Contra, MARTÍNEZ SANZ *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*, Comares, 2002, p. 532, al que sigue ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Revista del Derecho de Transporte*, núm. 6 (2010), 288. En realidad, la discrepancia es más aparente que real, por lo que se dirá a continuación.

Pero es un hecho que la jurisprudencia exige cierta aceptación por el deudor de la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso: si se ignora este hecho, y el deudor está convencido razonablemente de que su incumplimiento será inocuo, la conducta no es dolosa. Al menos ha de exigirse una conciencia del incremento del riesgo de producción de daños.

¹⁷ El dolo eventual es expresamente aceptado por Cossío (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 89): «si el agente deseaba el efecto que le pareció solo posible, y si el efecto se produce, el agente lo produjo con dolo; la situación es idéntica si el agente tuvo una conducta indiferente ante la posibilidad de que se produjera el efecto ilícito, de manera que lo quiso en la eventualidad de que se produjese («dolus eventualis»); o viceversa, no existe dolo si el agente previó el efecto ilícito como posible, pero no lo deseaba ni lo quiso, o incluso tomó medidas preventivas que quedaron infructuosas».

En su vertiente penal, DÍAZ-PITA, M., *El dolo eventual*. Tirant lo Blanch, 1994, propone la categoría del dolo como «decisión contraria al bien jurídico protegido» (p. 322), lo que incluye el dolo eventual.

¹⁸ A mi juicio, para que concorra dolo eventual no es indispensable que el deudor sea consciente de que el daño sea consecuencia necesaria de la acción: basta con que sea consciente de que el riesgo de producirse el daño se incrementa a consecuencia de su actuación consciente y voluntariamente antijurídica, y que no tome las medidas oportunas para evitar la producción del daño.

¹⁹ En esta Sentencia, comentada por Ignacio Marín (MARÍN GARCÍA, I., *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*, Boletín Oficial del Estado, 2017, nota 16), el arrendatario de una nave usó el tejado de ésta como depósito de chatarra, produciendo su hundimiento. No deseaba el resultado, pero sí la acción antijurídica que lo causó.

y 19 de mayo de 1973). Más adelante estudiaremos los términos del artículo 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, la «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción»²⁰.

Por eso, Díez-Picazo²¹, siguiendo en realidad a Cossío²², afina el concepto aclarando que el dolo se refiere a aquellos supuestos «en que el deudor es consciente que su comportamiento provoca o puede provocar un daño y no adopta las medidas necesarias exigidas por la buena fe para evitarlo». Además del carácter consciente y voluntario del incumplimiento, se exige la conciencia de que este comportamiento antijurídico puede causar (o incrementar la probabilidad de que se produzca²³) un daño.

Existe cierta controversia en relación con las conductas omisivas (como por ejemplo la reticencia dolosa, considerada un supuesto normal de dolo por Morales²⁴)²⁵. En opinión de Díez-Picazo²⁶ la conducta omisiva solo constituye dolo si conduce a un incumplimiento definitivo, o si es especialmente reprobable atendiendo a su motivo (causar un daño al acreedor, u obtener el deudor un beneficio), o si se utilizan medios reprobables. Díez-Picazo sostiene en definitiva que «la simple omisión de lo debido, por sí sola, no es dolosa»²⁷ aunque sea consciente y voluntaria (por ejemplo, dejar

²⁰ Véase en este sentido, caracterizándolo como dolo eventual, la doctrina a partir de Cossío (cit.)

²¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., 2008, pp. 748-752. No obstante, lo formula en términos algo diferentes (a mi juicio menos precisos) en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., 2001, vol. II, p. 200, donde afirma que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo no exige en este dolo que contemplamos la intención de perjudicar o dañar, sino la infracción de modo voluntario del deber jurídico que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir, con la conciencia de que con el hecho propio realiza un acto antijurídico».

Interpretando el artículo 62 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías, opta por no requerir la conciencia y voluntad de producción del daño ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», *Revista del Derecho de Transporte*, núm. 6 (2010), 288.

²² COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 88 y 89.

²³ De forma análoga a lo que se produce en el concepto de «wilful misconduct» en Derecho anglosajón: sobre ello vid. Martínez Sanz, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*, Comares, 2002, pp. 518 s.

²⁴ MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 637, que afirma sobre la doctrina de Visintini que excluye el dolo en las conductas omisivas: «semejante restricción del dolo no puede ser, al menos en nuestro Derecho, mantenida».

²⁵ Vid. QUIÑONERO CERVANTES, «El dolo omisivo», *RDP*, 1959, p. 345.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., p. 751.

²⁷ *Ibidem*.

de pagar por un tiempo una deuda pecuniaria, sin otras circunstancias concurrentes).

Con arreglo a la doctrina tradicional, el dolo nunca se presume y su concurrencia es carga probatoria del acreedor²⁸. Pero también lo es la culpa grave cuando el acreedor invoca su existencia para pretender (luego veremos si con fundamento o no) la inaplicación de una cláusula de limitación de la responsabilidad.

En cuanto a la culpa grave, como es sabido no existe definición alguna de la misma en nuestro Código Civil, lo cual nos obliga a analizar los antecedentes históricos (lo que haremos en los apartados siguientes) y la jurisprudencia.

La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida (art. 1.104 C.c.), que se define por referencia a un canon de conducta. Como afirmó Badosa, el canon de conducta con el que se determina la existencia de culpa se establece, según lo pactado en el contrato o lo establecido para el tipo contractual correspondiente, por referencia a un modelo que puede ser el del buen padre de familia, el del perito, el que aplica el deudor a sus propios asuntos (*quam in suis*)²⁹ o cualquier otro pactado.

La culpa grave, como cualquier otra forma de culpa y a diferencia del dolo (eventual o no), es compatible con la falta de conciencia del carácter antijurídico del comportamiento, con la inexistencia de voluntad de incumplimiento, y con la ignorancia de que el comportamiento realizado o la omisión incurrida pueda causar daños. Tampoco se exige que se persigan fines o se utilicen medios reprobables, como el engaño consciente. Por tanto, al menos en el plano teórico es clara la distinción entre culpa grave y dolo (eventual o no).

La culpa puede ser consciente sin convertirse en dolo, especialmente en conductas omisivas, como se ha visto más arriba, o por falta de conciencia de que el comportamiento culpable puede provocar un daño.

²⁸ Véase por todos en DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, 9.ª ed., 2001, p. 201.

También en MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 600.

²⁹ Vid. BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 89 ss. (modelo general no profesional), 128 ss. (modelo profesional) y 144 ss. (modelo *quam in suis*).

La culpa no es grave por sus circunstancias extrínsecas (una culpa leve puede causar daños considerables sin dejar de serlo, por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad profesional), sino por violar un canon de diligencia diferente, más laxo que el pactado con carácter ordinario. Para determinar qué significa la gravedad de la *culpa lata* y cuál es el canon de comportamiento al que ésta está asociada debemos remontarnos a los antecedentes históricos, lo que haremos a continuación.

IV. LA (NO) EQUIPARACIÓN ANTES DE LA CODIFICACIÓN

El estudio de los antecedentes en Derecho romano y común es aquí necesario por un doble motivo: en primer lugar, porque a falta de una definición legal de «culpa grave» es forzoso acudir a los «antecedentes históricos y legislativos» para buscar en ellos una definición (art. 3.1 C.c.), y en segundo lugar, porque la doctrina favorable a la equiparación entre dolo y culpa grave afirma con frecuencia que dicha equiparación (a los efectos ahora estudiados) se estableció y se mantuvo vigente en el Derecho histórico anterior a la Codificación, lo que como veremos no es cierto.

Intentar encontrar en el Derecho Romano clásico un principio general de equiparación entre culpa grave y dolo a efectos de la nulidad o inaplicabilidad del pacto de limitación de responsabilidad contractual (en las acciones *ex fide bona*, no de derecho estricto, se entiende) resulta una pretensión fuera de contexto histórico y contrario a las fuentes, dado que en Derecho Romano clásico ni siquiera había aparecido la división tripartita de la culpa en *lata*, *levis* y *levissima*³⁰ que es propia del Derecho Justiniano. Hay un texto atribuido a Ulpiano³¹ que dice que «culpa lata est nimia negligentia, id est, non intelligere quod omnes intelligunt» («culpa lata es la negligencia excesiva, es decir, no ver lo que todos ven (Ulp. 1 reg.)»³²), otro en el que Ulpiano

³⁰ Que según D'Ors apareció en el periodo post-clásico, en «las escuelas bizantinas y posteriores» (D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, EUNSA, par.456, p. 513.

³¹ D. 50.16.213, inciso 2.

³² La palabra «nimia» es un «falso amico», pues significa en latín «demasiado». Véase la traducción de D'Ors, Hernández-Tejero y García Garrido, *El Digesto de Justiniano*, 1975, p. 865.

considera que la *culpa lata* es próxima al dolo (a efectos de la remoción del tutor)³³, y otro atribuido a Paulo que a ciertos efectos equipara *culpa lata* y dolo: «magna negligentia culpa est; magna culpa dolus est»³⁴, pero a otros efectos no los equipara y declara que «la culpa lata no es considerada como dolo»³⁵. También hay otros³⁶ supuestos específicos de equiparación entre culpa grave y dolo en distintos contextos³⁷, que según la doctrina no se consolidó como regla general (vid. Celso en D. 16.3.32)³⁸. En particular, Cossío cita a Medio³⁹, según el cual «la norma “magna culpa dolus es” fue completamente extraña al Derecho clásico, estando interpolados todos los textos justinianos en que se contiene, y que este autor analiza minuciosamente, uno tras otro»⁴⁰. En efecto, Alfredo de Medio afirma que «dove poi si dice –il che è certamente piú grave– che la culpa lata si deve equiparare al dolo, come a proposito del mandato e del deposito, il principio risulta manifestamente interpolato dai compilatori giustinianeí»⁴¹.

³³ «Si no se hubiera cometido fraude, sino negligencia lata, como ésta es próxima al fraude, debe ser removido el tutor como sospechoso». D. 26.10.7.1.

³⁴ «Gran negligencia es culpa. Gran culpa es dolo» D. 50.16.226.

³⁵ D. 48.8.7.

³⁶ Una enumeración puede encontrarse en COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 7: «videtur dolo versari, dissoluta enim diligentia proe dolum est (D. 17.1.29 pr.), «lata negligentia quia ista prope fraudem accedit» (D. 26.10.7.1), «lata culpa pane dolo comparabitur» (D. 11.6.1.1), «culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit» (D. 43.25.8.3), «magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere» (D. 44.7.1.5), «dolum accipere debemus, et culpam latam» (D. 36.4.5.15), «in hac lege culpa lata pro dolo accipitur» (D. 48.8.7), «sed culpa dolo proxima dolum repraesentat» (D. 47.4.1.2), «latiorem culpam dolum esse» (D. 16.3.2). Como se expondrá más adelante, parece que todos estos textos son fruto de interpolaciones de la época justiniana.

³⁷ Véase por ejemplo, D. 16.3.32, que, sin embargo según Biondi, está interpolado (GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, 1991, p. 575).

Morales cita la enumeración completa que hace Kasser en *Das römische Privatrecht*, par. 258.4 (MORALES MORENO, A. M., cit., p. 604).

³⁸ Según BERMEJO CASTRILLO, «Parece que esta opinión, expresada por Nerva, se consolidó definitivamente con Celso (D. 16, 3, 32)». BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 51, nota 117.

³⁹ MEDIO, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, 1905 (pp. 5 y ss.) y 1906 (pp. 26 y ss.)-

⁴⁰ COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 9.

⁴¹ MEDIO, Alfredo de, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, año XVII, 1905, p. 9.

«Donde luego se dice –lo que ciertamente es más grave– que la culpa grave se debe equiparar al dolo, como a propósito del mandato y del depósito, el principio resulta manifestamente interpolado por los compiladores justinianos» (traducción propia).

Precisamente no se afirmaba esta equiparación en materia de pactos de *non petendo* (lo más cercano a nuestras cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad), que no podían extenderse al dolo⁴², pero sí a la *culpa lata*⁴³.

La equiparación entre dolo y culpa grave no se formuló con alcance general hasta el Derecho Justiniano⁴⁴, y ni siquiera en Derecho Justiniano consta que se haya utilizado en relación con la cuestión ahora estudiada (cláusulas de limitación de la responsabilidad contractual).

La equiparación entre *culpa lata* y dolo en Derecho Justiniano sirvió de base para su posterior recepción en las Partidas. Pero, de nuevo, tan solo tenemos un aforismo, usado en otros contextos, y aplicable a supuestos que nada tienen que ver con el problema ahora estudiado (validez y aplicabilidad de cláusulas limitativas de la responsabilidad).

Precisamente en las Partidas (P. 7.33.11) se encuentra el texto en el que se basan algunos intérpretes para defender la regla contraria: «dolus en latín tanto quiere dezir en romance como engaño, e deste hablamos en su titulo complidamente. E lata culpa tanto quiere dezir como grande e manifiesta culpa assi como si algun ome no entendiesse todo lo que los otros ome entendiesen. E tal culpa como esta es como necesidad que es semejança de engaño. E esto seria, como si algun ome tuviesse en guarda alguna cosa de otro e la dexasse en la carrera de noche, o a la puerta de su casa, non cuidando que la tomaria otro ome. Ca si se perdiessse, seria por ende en grand culpa, que no se podria escusar». Esta equiparación se refiere en realidad a la acción derivada del depósito (que en época clásica romana se fundaba exclusivamente en el dolo,

⁴² Dice BERMEJO CASTRILLO que «recogiendo la opinión de Celso, afirmaba Ulpiano que un acuerdo de esta clase, *pactum de non petendo dolo*, resultaría contrario a la buena fe (D. 50, 17, 23) y a las buenas costumbres (D. 16, 3, 1, 7). En igual sentido se pronunciaba Paulo (D. 2, 14, 27, 3, y D. 13, 6, 17 pr., en relación con el comodato)» p. 46, nota 94.

Lo cierto es que la imposibilidad de excluir la responsabilidad por dolo consta también en D. 16.3.1.7, donde no se menciona la culpa grave: «Si se pactase que no se ha de prestar el dolo, no valdrá el pacto; porque es contra la buena fe, y contra las buenas costumbres; y por esto no se ha de observar». «Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenerit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est».

⁴³ Véase por ejemplo D. 30.119, que versa sobre una exoneración testamentaria de responsabilidad a un esclavo manumitido, y resuelve que no alcanza a la responsabilidad por dolo, pero sí a la responsabilidad por culpa. De forma similar en D. 35.1.72.3: «scilicet ut culpa, non etiam dolus remissus intelligatur» («que se entienda remitida la culpa, pero no el dolo»).

Según BERMEJO CASTRILLO, a diferencia del dolo, la *culpa lata* «puede ser dispensada por el acreedor», *op. cit.*, p. 51.

⁴⁴ D'ORS, *op. cit.*, parágrafo. 456, p. 513: en las escuelas bizantinas y posteriores «la culpa grosera (culpa lata) se equipara al dolo».

dado que era gratuito⁴⁵ y el Derecho Justiniano extendió a la culpa grave⁴⁶).

Morales sostiene que de las dos formas en que podría ser entendida la equiparación en las Partidas (como presunción *iuris tantum* de dolo, con posible prueba en contrario, o como equiparación sin posible prueba de inexistencia de «la malicia del dolo»⁴⁷), la segunda es la correcta.

El propio Morales reconoce que Gregorio López matiza la equiparación al glosar «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata»⁴⁸. Esta afirmación afecta, a mi juicio, a la virtualidad de la equiparación para el problema ahora estudiado, por cuanto los pactos de *non petendo* con dolo estaban regulados en la Partida 5.11.29, y en ella se exige *ex proposito* dolo. Solo cuando hay dolo los pactos de exclusión de responsabilidad son nulos («que la promission que ome fiziesse a su mayordomo, o a su despensero que le non demandasse el furto o el engaño que le fiziesse que non vale» – la regla se aplica no solo a mayordomos y despenseros, sino también «a todos los otros omes», como dice al final). Exigiéndose «ex proposito» dolo, no parece que pueda aplicarse esta regla sobre el pacto de *non petendo* a la culpa grave (que por lo demás ni siquiera está mencionada en P.5.11.29 ni en su glosa).

No podemos, por consiguiente, aceptar que la equiparación entre dolo y culpa grave, que se establece claramente para el depósito en las Partidas, se extienda en ellas también a los pactos de *non petendo* relativos a la responsabilidad contractual.

En la doctrina medieval, destaca el protagonismo atribuido a las clasificaciones de los distintos grados de la culpa, que llegan a ser cinco en algunos autores siguiendo la tradición de Bártolo (*latissima, latior, lata, levis y levissima*)⁴⁹. Las culpas *latissima* y *lterior*

⁴⁵ Longo, C., *Corso di diritto romano*, Il deposito, Milán, Giuffrè, 1933, y también BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 46 nota 95 (el depositario «custodiam non praestat»).

Vid. D. 13.6.5.2, y D. 44.7.1.5.

⁴⁶ BERMEJO CASTRILLO, M. A., «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, p. 46, nota 96.

⁴⁷ MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, ISSN 0210-301X, vol. 35, núm. 3, 1982, p. 607: «no es precisamente en este plano en el que nuestra Ley de Partidas sitúa la equiparación que estamos considerando. La equiparación de la *culpa lata* al dolo no admite ahí prueba en contrario».

⁴⁸ «Cuando se exige *ex profeso* dolo no basta con la *culpa lata*» (traducción propia).

⁴⁹ En particular, en la Escuela de Orleans y en Bártolo, que según BADOSA COLL (*op. cit.*, p. 734 nota 62) distinguen entre *culpa latissima* (dolo manifiesto), *culpa lterior* (dolo presunto, violación de la *diligentia quam in suis*), *culpa lata* (violación de *quod omnes intelligunt*), culpa leve (violación de la diligencia de un buen padre de familia) y culpa

son en realidad dolo, porque incluyen fraude (*fraus*). Las otras, incluida la *culpa lata*, se distinguen del dolo y no pueden confundirse con él. No es cierto, por tanto, que en Derecho medieval existiera una equiparación general entre *culpa lata* y dolo, más bien lo contrario es cierto, como sostiene Badosa con fundamento en Bártolo⁵⁰.

Joannes de Blanasco⁵¹ define *culpa lata* como «quaedam negligentia quae consistit in eo quis minorem diligentiam adhibet in rebus alienis quam in rebus suis et communis hominum natura desiderat»⁵². El canon es por tanto el de la diligentia quam in suis combinada con la «común naturaleza de los hombres» (de todos ellos o de la «maior pars» de los hombres).

Por su parte, Bellapertica entiende que incurre en *culpa lata* «qui ignorat illud quod omnes sciunt vel debet intelligere si habet eadem causam sciendi cum alii»⁵³, matizando por tanto que «omnes» (en la frase de Ulpiano «quod omnes intelligunt») debe entenderse en el sentido de «omnes qui sunt eiusdem conditionis scilicet inspecta conditione sub qua contractus est celebratus»⁵⁴, como el lego que ofrece realizar servicios de veterinario sin tener

levissima (violación de la diligencia de un padre de familia diligentísimo). Vid. Bártolo, S. D.v.p.l. Quod Nerva, n. 8, Dig. Depositi. Él mismo aclara que el concepto de *culpa latissima* es en realidad dolo («dolus est culpa latissima»). En realidad, como explica Badosa, tanto la *culpa latissima* como la *culpa latior* son en realidad supuestos de fraude (*fraus*), por lo que no encajan en nuestro concepto moderno de culpa, sino en el de dolo.

⁵⁰ Véase en Bártolo: «si ergo culpa lata venit ex ignorantia, ergo patet quod lata culpa non est fraus praesumpta seu dolus praesumptus qui provenit ex animo» («si la culpa grave procede de la ignorancia, es por tanto evidente que la culpa grave no es fraude presunto o dolo presunto, el cual procede de la intención»). Bártolo, S. D.v.p.l., Quod Nerva, num. 3, Dig. depositi. Vid. comentario en Badosa, *op. cit.*, p. 723, nota 56.

Como aclara Badosa, Bártolo define siempre el dolo «por su componente intencional» («ex animo» o «scienter»). Lo mismo en Baldo («dolus est malitia», «animus nocendi»).

⁵¹ Existe con anterioridad la definición de Azón, que considera *culpa lata* como «adeo diligens ut natura desideret vel ut homines consueverunt ese diligentes» «Tan diligente como desea la naturaleza o como los hombres han acordado» (traducción propia). Vid. en BADOSA, *op. cit.*, p. 86 y nota 5.

⁵² «Aquella negligencia que consiste en aquel que emplea una menor diligencia en los asuntos ajenos que en los suyos y que la que se exige por la común naturaleza de los hombres» (traducción propia). Joannes de Blanasco, citado por Bártolo en S.d. V.p.l. Quod Nerva, Qu. 5.^a, Dig. Depos., vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 83, nota al pie 4.

⁵³ «El que ignora lo que todos saben, o deben entender, si tiene la misma razón para saberlo que los demás» (traducción propia). Bellapertica In Instit. Inst. Lib. 4 De oblig. quae ex quasi delicto nascuntur, n. 7, vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 83, nota al pie 4.

Una versión ampliada de esta definición en Bellapertica es la siguiente: «negligentia magna ex fatuitate procedens quae consistit in eo quod minorem diligentiam quis adhibet quam hominum communis natura desiderat qui sunt eiusdem professionis et conditionis» («gran negligencia procedente de fatuidad, que consiste en que se emplea menos cuidado del que exige la naturaleza común de hombres de la misma profesión y condición» (traducción propia)). BADOSA COLL, F., *ibidem*, p. 92.

⁵⁴ «Todos los que sean de la misma condición, es decir, teniendo en cuenta la condición bajo la cual se celebró el contrato» (traducción propia). *Ibidem*, p. 84, nota 4.

conocimientos para ello. En esta definición se subraya el aspecto de la crasa falta de conocimiento del deudor, en la línea de Ulpiano.

Bártolo definió las culpas lata, leve y levissima por referencia a la violación de distintos modelos de conducta: el del común de los hombres (*culpa lata*), el del deudor diligente (*culpa leve*) y el del deudor diligentísimo (*culpa levísima*)⁵⁵. La definición de *culpa lata* en Bártolo es «*deviatio incircumspecta ab ea diligentia quam communiter habent homines qui sunt eiusdem professionis et conditionis*»⁵⁶.

La doctrina posterior se centró en estos tres tipos de culpa (*lata*, *leve* y *levissima*), salvo las opiniones minoritarias que eliminaron la *levissima*⁵⁷. La *culpa lata* es la violación del modelo de conducta del común de los hombres, la *leve* es la violación del canon del diligente padre de familia, y la *levísima* es la del canon del diligentísimo padre de familia⁵⁸.

La equiparación entre el régimen jurídico de las culpas *latissima* y *latior* y el del dolo responde en realidad a que ambas constituyen *fraus* (probado o presunto por violación de la *diligentia quam in suis*⁵⁹), y por tanto son conductas dolosas⁶⁰. En cuanto a la *culpa lata*, la mayoría de los autores la diferencian claramente del dolo: así, por ejemplo, Zasius y Donellus⁶¹.

Alciatus, en el siglo XVI, dice que la culpa *latior* (la basada en la violación de la *diligentia quam in suis*) constituye una presunción de fraude y por eso se asimila al dolo⁶², mientras que la *culpa lata* (la basada en la «*supina et inexcusabilis culpa*»), aunque no constituye presunción de fraude, solo «*parum distet*» (dista un poco) del fraude⁶³. No obstante, en lo demás incluye a la *culpa latior* en la *lata*⁶⁴: Alciatus y la doctrina posterior asimilan la *culpa*

⁵⁵ Vid. en BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 737.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 85 nota 4.

«Desviación temeraria de esa diligencia que tienen en común hombres de la misma profesión y condición» (traducción propia). La traducción de «*incircumspecta*» admite varias posibilidades, desde «*imprudente*» hasta «*irresponsable*», o incluso «*sin circunspección*».

⁵⁷ Como Donellus: véase en BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 738, nota 69. La *lata* puede ser «*quam in suis*» o por ignorar «*quod omnes intelligunt*», y la *leve* o *levísima* por infringir la diligencia del un padre de familia.

⁵⁸ BADOSA, *op. cit.*, p. 737.

⁵⁹ Vid. BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 740. Sostiene Badosa que, en un momento posterior, los antibartolistas, a partir de Zasius, similan la *culpa latior* (*diligentia quam in suis*) a la *lata* (

⁶⁰ Así, BADOSA COLL, *cit.* p. 734 nota 62.

⁶¹ Vid. en BADOSA, *cit.* p. 737 y nota 65.

⁶² «*Quia praesumptum in se fraudem continent*», Alciatus, tit. verb. Sign. I latae culpae, número 3, vid. comentario en BADOSA COLL, *cit.* p. 740, nota 70.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ BADOSA, *op. cit.*, p. 737.

latior (violación de la *diligentia quam in suis*) con la lata (violación de una «regla de conducta prácticamente universal en su aplicación»), en lo que constituye una vuelta a la doctrina originaria de Joannes de Blanasco. Con posterioridad, la *culpa latior* (violación de la *diligentia quam in suis*) seguirá un camino distinto, considerándose un modelo diferente, el de la «culpa in concreto», al margen de los criterios de graduación de la culpa⁶⁵.

En cualquier caso, y por lo que aquí interesa, la doctrina medieval y renacentista admite lo que se llamaba la «remisibilidad» de la *culpa lata*, es decir, el pacto en contrario de la responsabilidad por *culpa lata*, pero no la del dolo, como aclara Badosa⁶⁶. Incluso algunos autores⁶⁷ aceptaban la «remisibilidad» del dolo presunto (*culpa latior*), que en general se rechazaba. Por tanto, la supuesta regla de la equiparación de la culpa grave al dolo a efectos de la nulidad o inaplicabilidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad no estaba vigente, pese a las apariencias, en Derecho medieval y renacentista. La regla era la contraria.

En el mismo sentido cabe citar en la doctrina castellana del siglo xvii a Gaspar de Hermostilla e hijos, que distinguen nítidamente (y no equiparan) culpa grave y dolo, éste último caracterizado por «fraude et malitia», «animo maligno», «voluntatis vitium»⁶⁸.

Varios siglos después, sin embargo, Pothier atribuye erróneamente al Derecho romano («les jurisconsultes romaines», sin distinción) la tripartición de la culpa y la equiparación de la *culpa lata* al dolo⁶⁹. Pothier divide los contratos en tres: los celebrados en interés exclusivo del acreedor, como el depósito, en los que se responde por buena fe (que equipara a dolo o culpa grave)⁷⁰, los celebrados en interés de ambas partes, en los que se responde por culpa leve u ordinaria, y los celebrados en interés exclusivo del deudor, en los que se responde por *culpa levissima*. Define *culpa lata* como

⁶⁵ BADOSA, *op. cit.*, p. 741.

⁶⁶ Véase en BADOSA, *op. cit.*, p. 720, nota 54, las referencias a Dynus, Castrensis, Alex. Tartagnus, Fulgosius y Decius. Dice Badosa que «la doctrina se planteó la objeción de la equiparación de la culpa lata al dolo (el cual por definición era irremisible). Objeción que se rechazó sobre la base de que la culpa lata «simplicitate et quedam fatuitate procedit» (Decius).

⁶⁷ Así, Covarrubias, Mascardus, Carocius y Matienus, todos ellos citados en BADOSA, *op. cit.*, p. 720 nota 54.

⁶⁸ Véase citado en BADOSA, *op. cit.*, p. 42, nota 6.

⁶⁹ POTHIER, *Traité des obligations*, en la 2.^a ed. ampliada de 1764, es la página 544, en el capítulo «Observation Générale sur le précédent traité, et sur les suivans ». En la edición de Dalloz 2023, es la página 452.

⁷⁰ *Ibidem*, ed. 1764, p. 543. «Dans les contrats qui sont faits pour le seul intérêt du créancier, on n'exige du débiteur que de la bonne foi, et il n'est tenu en conséquence que de la faute lourde» («en los contratos que son celebrados en interés exclusivo del acreedor, no se exige al deudor otra cosa que la buena fe, y por consiguiente no está obligado a otra cosa que a no incurrir en culpa lata», traducción propia).

«ne pas apporter aux affaires d'altrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires»⁷¹.

Y entiende aplicable a estos efectos la equiparación entre *culpa lata* y dolo: «culpa lata, comme étant opposée à la bonne foi requise dans le contrat; et c'est en ce sens que les lois disent *lata culpa comparatur dolo, lata culpa dolus est*»⁷². En particular, esta conclusión la afirma en sede de depósito, en el que se responde por dolo o culpa grave⁷³. No obstante, no llega a aplicar esta equiparación de modo expreso a las cláusulas limitativas de la responsabilidad.

Pothier cree defender con esto «la doctrine unanimement tenue par tous les interprètes des lois romaines, et par les auteurs des traités de droit»⁷⁴ (aunque, como hemos visto, Pothier se equivoca de plano: no siempre los jurisconsultos romanos y los autores medievales dicen lo que se supone que dicen). Pero Pothier no pudo dejar de hacer constar que había tenido conocimiento (porque su autor se lo había remitido) de la entonces reciente (1764) publicación de un tratado que defendía (con acierto) que, en Derecho Romano (clásico), no existía la mencionada tripartición de las culpas según sus grados. Se trata de la obra de M. Lebrun, según la cual solo hay dos tipos de diligencia: la diligencia del buen padre de familia («*qualem diligens paterfamilias adhibere solet*») y la diligencia in concreto «*quam in suis*» («*rebus suis consuetam diligentiam*»). El propio Pothier reconoce la fuerza de la argumentación y los conocimientos del Derecho romano de Lebrun⁷⁵, pero sigue prefiriendo las tesis que considera tradicionales, por ajustarse mejor a los distintos intereses de los contratos (según estos estén celebrados en interés del acreedor, del deudor o de ambos, como se ha visto).

⁷¹ Ibidem, ed. 1764 p. 543. «No emplear en los asuntos ajenos el cuidado que las personas menos cuidadosas y las más estúpidas no dejan de emplear en sus propios asuntos» (traducción propia).

⁷² Ibidem, ed. 1764, p. 544. «La culpa lata, como opuesta a la buena fe exigida por el contrato; y es en este sentido que las leyes dicen “la culpa lata se compara con el dolo, la culpa lata es dolo”» (traducción propia).

⁷³ Ibidem, p. 72 (Partie I, Chapitre II): el depositario «n'est tenu par conséquent, à cet égard, que de la faute lourde qui, à cause de son énormité, tient du dol: tenetur duntaxat de *lata culpa et dolo proxima*» («solo está obligado, en consecuencia, a este respecto, por culpa lata que, a causa de su enormidad, está cercana al dolo: se considera la culpa lata próxima al dolo»).

⁷⁴ Ibidem, ed. 1764, p. 545. «La doctrina unánimemente defendida por todos los intérpretes de las leyes romanas, y por los autores de los tratados de Derecho» (traducción propia).

⁷⁵ Ibidem, ed. 1764, p. 546. Refiriéndose a Lebrun, dice que «m'a paru très versé dans la connaissance des lois romaines» («me ha parecido muy versado en el conocimiento de las leyes romanas», traducción propia).

Como se ha visto, Pothier ni siquiera se plantea la supuesta equivalencia entre dolo y culpa grave a efectos de la inaplicación o nulidad de las cláusulas limitativas de responsabilidad. Pothier está en realidad pensando en la necesidad de que se responda por culpa grave (además de por dolo) y no por culpa leve en el contrato de depósito, por ser éste gratuito y en interés exclusivo del acreedor. Está hablando del canon de diligencia exigible por defecto en el contrato, no del pacto limitativo de la responsabilidad ni de sus límites.

De lo anterior resulta que tanto en Pothier como en la mayoría de los autores estudiados, cuando se acepta la equiparación entre dolo y culpa grave ello se hace a los limitados efectos de extender a la culpa grave la responsabilidad contractual que en algunas figuras contractuales (principalmente el depósito) las fuentes restringían al dolo, y no para excluir las cláusulas de limitación de responsabilidad en caso de culpa grave. El argumento histórico no sirve para fundar la equiparación.

V. LA CODIFICACIÓN

A) LA EVOLUCIÓN EN FRANCIA

En Francia, el Code Civile prescindió de la tripartición de culpas, quizás a consecuencia de las críticas de P. Lebrun —de las que se había hecho eco ya Pothier, aunque sin compartirlas—, y por tanto omitió toda equiparación expresa entre culpa grave y dolo a estos efectos⁷⁶.

No obstante, la jurisprudencia posterior en Francia a partir de principios del siglo xx acogió la regla de la equiparación de la culpa grave al dolo a efectos de la inaplicación de cláusulas limitativas de responsabilidad⁷⁷, especialmente en materia de transporte,

⁷⁶ En este sentido, BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 742 ss. Ello sin perjuicio de que, en el caso específico del depósito, el Code Civile acudió a la diligencia quam in suis (culpa in concreto): «Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent» («El depositario debe prestar, en la guarda de la cosa depositada, los mismos cuidados que utiliza en la guarda de las cosas que le pertenecen»).

⁷⁷ Véase por ejemplo la Sentencia de la Cour de Cassation Cass. civ. 1, 19 septembre 2007, n° 05-17.769, Société Sacer Atlantique, FS-P+B. Vid. comentario en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.

materia en la que su interpretación del artículo 29 CMR⁷⁸ –sobre el que luego volveremos– resulta criticada por la propia doctrina francesa⁷⁹ y española⁸⁰. La culpa grave se define en la jurisprudencia francesa como «la négligence d’une extrême gravité confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur à l’accomplissement de la mission contractuelle qu’il avait acceptée»⁸¹.

Pero en la jurisprudencia francesa desde finales del siglo xx, a partir de la Sentencia Chronopost de 22 de octubre de 1996 y las sucesivas⁸², el foco de atención no se pone tanto en la existencia o no de culpa grave (definida no ya en términos objetivos sino subjetivos⁸³, como «une négligence d’une extrême gravité confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur de l’obligation à l’accomplissement de sa mission contractuelle»⁸⁴) sino en el impacto que puede tener la cláusula limitativa de responsabilidad sobre la obligación esencial⁸⁵ atendida la causa del contrato⁸⁶, hasta el punto

⁷⁸ Vid. por ejemplo la Sentencia Cass. com., de 21 de febrero de 2006, no 04-20139, que sigue el criterio sentado en las dos Sentencias de 24 de abril de 2005 (Contrats, conc. consom. 2005, comm. no 150, obs. L. Leveneur, D. 2005, p. 1864, note Tosi et somm., p. 2845, obs. B. Fauvarque-Cosson, JCP 2005, II, 10666, obs. G. Loiseau, RDC 2005, p. 651, avis de R. de Gouttes, p. 673, obs. D. Mazeaud et p. 752, obs. Ph. Delebecque, Rev. Lamy dr. aff., sept. 2005, obs. G. Viney).

⁷⁹ En Francia, Mazeaud cita como contrarios a la equiparación absoluta de la culpa grave al dolo a numerosos autores franceses: Fromageot, Sainctelette, Boutard, Josserand, Voisenet, Lalou, Jambú-Merlin y Roblot. Vid en MAZEAUD, H y L. y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad*, 1962, p. 64, nota 7. Cit. por MARTHA NEME, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, nota 3.

⁸⁰ Vid. una crítica en MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002, pp. 537 y ss.

También en SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, pp. 388 y ss.

⁸¹ «La negligencia de una extrema gravedad cercana al dolo y que denota la falta de aptitud del deudor para el cumplimiento de la misión contractual que había aceptado» (traducción propia).

⁸² Vid., al respecto, Ch mixte 22 de abril de 2005 D. 2005, Jur. P. 1864, así como Ch. com 21 de febrero de 2004 pourvoi 04-20139.

Véanse también las Sentencias *Faurecia*, de 13 de febrero de 2007 (Cass. com., 13 fév. 2007: Bull. civ. IV, n° 43; BICC, 1er juin 2007, n° 1194 y la nota) y *Extand* de 5 de junio de 2007 (Cass. com., 5 juin 2007: R., p. 434; Bull. civ. IV, n° 157; BICC, 15 oct. 2007, núm. 2107, y la nota).

⁸³ Vid. BAKOUCHE, David: «Appréciation de la faute lourde susceptible de tenir en échec l’application d’un plafond légal de réparation», disponible en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.

⁸⁴ «Una negligencia de extrema gravedad cercana al dolo que denota la falta de aptitud del deudor de la obligación para el cumplimiento de su misión contractual», definición establecida en la Sentencia de la Cour de Cassation de 22 de abril de 2005 (número 03-14112).

⁸⁵ Véase Cass. Com, 22 oct. 1996.

⁸⁶ La doctrina ha llegado a decir que la noción de «culpa grave» no cumple ya función alguna en esta materia: «il n’est pas excessif d’affirmer que la faute lourde ne revêt plus aucune utilité lorsqu’on est en présence d’une clause limitative de réparation ayant une source contractuelle. Dans un tel cas seuls les concepts d’obligation essentielle et de

que se ha llegado a decir –acaso con exceso– que la noción de culpa grave ya no cumple función alguna en el examen de la validez o inaplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad⁸⁷, salvo en las limitaciones legales o reglamentarias. Las cláusulas limitativas serán nulas o inaplicables cuando la limitación deje insatisfecha la obligación esencial del contrato (con palabras del Arrêt Sentencia Faurecia II, de 29 de junio de 2010⁸⁸, «seule este réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur»⁸⁹). En cambio, se aceptan las limitaciones sobre obligaciones no esenciales, con o sin culpa grave. Y, desde el mismo Arrêt Faurecia II de 29 de junio de 2010, se dice que no basta con que la limitación de responsabilidad afecte a una obligación esencial, atendida la causa del contrato, sino que es preciso que la indemnización sea «dérisoire» (irrisoria) a la luz de la repartición de riesgos y el precio pactados⁹⁰.

El foco de la cuestión se desplazó por tanto del antiguo artículo 1150 Code Civile al antiguo artículo 1131 Code Civile, de la culpa grave (que no ha llegado a abandonarse formalmente nunca) a la causa del negocio jurídico y al carácter vinculante de la obligación esencial del contrato.

Existieron tres proyectos de reforma del Code Civil en Francia en la materia⁹¹: los proyectos Catalá de 2004, Terré de 2006

cause ont un réel intérêt. Cela conduit M. Delpech à affirmer que la notion de cause connaît une incontestable vitalité «à tel point qu'elle semble totalement éclipser celle de faute lourde, dont le droit des transports constitue pourtant traditionnellement un terrain privilégié pour écarter les plafonds de responsabilité». Vid. en el Informe del Institute Numerique de 5 de noviembre de 2010, publicado en <https://www.institut-numerique.org/section-2-une-notion-de-faute-lourde-marginalisee-4fc899079b3db>.

Véase también el sucesivo informe del Institute Numerique publicado el 1 de junio de 2012, disponible en https://www.institut-numerique.org/la-faute-lourde-et-les-clauses-limitatives-de-responsabilite-4cd45375e4b58#google_vignette.

Al respecto puede también consultarse Dos Santos Martins, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, p. 6. Dos Santos advierte que la Cour de Cassation en la Sentencia Chronopost pone el acento en que la cláusula de limitación de responsabilidad «atenta contra la causa del compromiso suscrito por el contratante», y resulta por ello contraria a la obligación esencial del contrato.

⁸⁷ Ibidem. Vid. el informe del Institute Numerique de 1 de junio de 2012, <https://www.institut-numerique.org/a-le-concept-dobligation-essentielle-dorenavant-affranchi-de-la-faute-lourde-4cd453760ebc8>.

⁸⁸ Cass. com., 29 juin 2010: JCP 2010, n° 787, note D. HOUTCIEFF et Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. resp. civ., p. 1015, spéc. n° 11, p. 1917.

⁸⁹ «Solo se considera no escrita la cláusula limitativa de la indemnización que contradice el alcance de la obligación esencial asumida por el deudor».

⁹⁰ «Aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait («con arreglo a una cláusula que estipulaba que los precios acordados reflejaban el reparto de riesgos y la limitación de responsabilidad que de ello resultaba»).

⁹¹ Véase el Informe del Institute Numerique de 5 de noviembre de 2010, publicado en <https://www.institut-numerique.org/section-2-une-notion-de-faute-lourde-marginalisee-4fc899079b3db>.

y Chancellerie de 2008⁹². Por lo que aquí interesa, el proyecto Catalá no menciona la culpa grave en materia de cláusulas excluyentes o limitativas de la responsabilidad (salvo en el equivalente francés al artículo 1107 C.c., cuestión distinta a la ahora estudiada)⁹³, pero establece (art. 1125.2) que «est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause» («se considera no escrita toda cláusula que sea incompatible con la realidad de la causa»), volviendo a la jurisprudencia sobre la causa del negocio y separándose de la jurisprudencia antigua sobre culpa grave. En particular, su artículo 1382-2 dispone que un contratante «no puede excluir o limitar la reparación del daño causado a la otra parte (...) por el incumplimiento de una de sus obligaciones esenciales».

Por su parte, el proyecto Terré dispone que «toute clause inconciliable avec l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite» («toda cláusula inconciliable con la obligación esencial del contrato se considera no escrita»), prescindiendo por tanto del concepto de culpa grave⁹⁴ y situando la cuestión en la interpretación del contrato en su conjunto a la luz de su obligación esencial.

Por último, el proyecto Chancellerie prescinde igualmente de la culpa grave⁹⁵ a estos efectos, y sienta la regla de que «un contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire»⁹⁶, adoptando por tanto un punto de vista basado en la causa, sin que la culpa grave desempeñe por sí misma papel alguno en las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Desde este punto de vista, una cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de culpa grave, como muchas otras cláusulas contractuales, podrá –o no– dejar sin interés el contrato, en atención a la contraprestación pactada y dependiendo de las circunstancias que concurren.

⁹² Véase también sobre ellos Alpa, G., *Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats*, *Révue internationale du droit comparé*, 2015, 67-4, pp. 877-899.

⁹³ Menciona no obstante la culpa grave, asimilándola al dolo, a los efectos de considerar inaplicable la regla equivalente a nuestro artículo 1107 C.c. (solo se indemnizan los daños previsibles, no los imprevisibles).

⁹⁴ Salvo para excluir, como en el proyecto anterior, la aplicación de la regla equivalente al artículo 1107 C.c. español (indemnizabilidad solo de los daños previsibles salvo dolo –a lo que se añade en este proyecto la culpa grave).

⁹⁵ Ni siquiera la usa en el artículo 176 a los mismos efectos anteriormente citados (equivalente al art. 1.107 C.c. español), que solo habla del dolo.

⁹⁶ «Un contrato a título oneroso es nulo por falta de interés cuando desde su origen la contrapartida acordada en beneficio de aquel que se obliga es ilusoria o irrisoria».

Pero la culpa grave como tal ni siquiera es mencionada, ni mucho menos asimilada al dolo.

Tras estos proyectos, se produjo en 2016 la aprobación de la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016⁹⁷, que si bien introduce el concepto de «faute lourde ou dolosive» a muchos efectos⁹⁸, no lo usa en el contexto de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, cuestión que se rige por el nuevo artículo 1170, con arreglo al cual «toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita»⁹⁹, que como pone de manifiesto Savaux¹⁰⁰ es reflejo de la jurisprudencia dictada en los asuntos Chronopost. Con palabras de Pérès, con carácter general «la cláusula contraria no debe considerarse no escrita salvo si ella crea un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes»¹⁰¹ mediante el vaciamiento de la sustancia de la obligación esencial del contrato, como matiza Fabre-Magnan¹⁰². Al final la necesidad de preservar la obligación esencial del deudor se erige en el criterio principal, límite de orden público¹⁰³ que desplaza las consideraciones históricas sobre dolo o culpa grave en esta materia, sin distinción además entre los contratos de adhesión y los negociados individualmente¹⁰⁴. Como resume Fabre-Magnan, «aucune référence n'était plus fait à l'exigence d'une faute lourde du débiteur» («ninguna refe-

⁹⁷ Véase su texto en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032004939/>.

⁹⁸ Uno de ellos es el equivalente al artículo 1107 C.c. español, que es el artículo 1231-3 del Código francés, cuyo nuevo texto, siguiendo en esto el proyecto Catalá, es el siguiente: «Art. 1231-3.-Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». («El deudor no está obligado más que a los daños e intereses que han sido previstos o que podrían haber sido previstos en el momento de la celebración del contrato, salvo en el caso de que el incumplimiento se deba a dolo o culpa grave»).

Adviértase que esta regla está matizada por lo dispuesto en el artículo 1231-4 siguiente, que limita la indemnización, incluso en caso de dolo o culpa grave, a los daños en los que exista relación de causalidad inmediata y directa. Pero esto nos aleja del objeto de este trabajo.

⁹⁹ SAVAUX, Eric., «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», en ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, p. 730.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 730.

¹⁰¹ Pérès, Cécile, «Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, LexisNexis, 2016, p. 19.

¹⁰² Fabre-Magnan, Muriel, *Le droit des contrats*, 2023, p. 107. Este autor subraya la continuidad entre el nuevo régimen y el que resultaba de la Sentencia Faurecia II antes citada.

¹⁰³ Como también indica SAVAUX (ibidem), el nuevo artículo 1162 del Código Civil francés, en la línea del artículo 1255 C.c., dispone que «el contrato no puede derogar el orden público a través de sus estipulaciones».

¹⁰⁴ En este sentido LACHÈZE, Christophe, *Droit des contrats*, 5.ª ed., 2020, p. 153.

rencia se hace ya a la exigencia de una culpa grave del deudor»). El Código francés también permite al Juez moderar o elevar la pena convencional (art. 1231-5), pero sin consideración alguna relativa a la culpa, lata o no¹⁰⁵.

Esta Ordenanza del año 2016 fue ratificada por Ley en 2018¹⁰⁶.

B) LA CUESTIÓN EN LOS ORÍGENES DE LA CODIFICACIÓN ESPAÑOLA: INTERPRETACIÓN LITERAL DE LOS ARTÍCULOS 1102 Y 1103 C.C.

El Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851, a la luz de las Concordancias, Motivos y Comentarios de su autor fechadas en 1852¹⁰⁷, abandona la tripartición de la culpa. Dice que «destruidas ya las tres especies de culpas o diligencias», será poco frecuente un pacto expreso sobre el canon de diligencia debido por el deudor. En el artículo 1013 del Proyecto, en defecto de canon de diligencia pactado se aplica el canon de la diligencia «que es propia de un buen padre de familia». Lo mismo se repite en los comentarios a los artículos 1005¹⁰⁸ y 1669¹⁰⁹ del Proyecto. Se hace eco

¹⁰⁵ «Art. 1231-5.-Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. «Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. «Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. «Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. «Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure »

«Cuando el contrato estipula que aquel que lo incumpla pagará cierta suma a título de daños e intereses, no se puede atribuir a la otra parte una suma más alta ni menor.

«Sin embargo, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la pena así acordada cuando sea manifiestamente excesiva o irrisoria.

«Cuando la obligación haya sido ejecutada en parte, la penalidad convenida puede ser reducida por el juez, incluso de oficio, en la proporción del interés que la ejecución parcial ha procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior.

«Toda estipulación contraria a los dos párrafos anteriores se considerará no escrita.

«Salvo incumplimiento definitivo, la penalidad no se devenga hasta que el deudor es puesto en mora».

¹⁰⁶ Loi no. 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance no. 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000036825602/>.

¹⁰⁷ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, 1.ª ed. 1852, reimpresión 1974, p. 542.

¹⁰⁸ Donde se dice que «la expresión «como un buen padre de familias» es feliz y encierra en abstracto un concepto fácil y sencillo», preferible a la tripartición de culpas.

¹⁰⁹ Donde, en relación con las obligaciones del depositario, dice que «nosotros habemos reducido este punto a su justicia y sencillez naturales por la regla general a todos los contratos sentada en los artículos 1.005 y 1.013».

García Goyena de las críticas existentes en aquel momento a la tripartición, que ponían de manifiesto que «la división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica», pues lo único importante era el canon de diligencia pactado por las partes, «si la obligación del deudor es más o menos estricta» conforme a lo acordado»¹¹⁰.

Respecto del pacto de exclusión de responsabilidad, la cuestión se trata en el Proyecto de 1851 y en el Comentario de García Goyena tan solo en la responsabilidad por dolo, y no en la responsabilidad por culpa (desterrado ya el concepto mismo de «culpa lata»). El artículo 1012 del Proyecto dice que «cualquiera pacto en que se renuncie para lo futuro» el derecho de reclamar la responsabilidad por dolo «será nulo». El comentario cita Partidas 5.11.29, que como hemos visto más arriba dice que las exclusiones de la responsabilidad por dolo «podrían dar carrera a los omes de fazer mal». Ni en el Proyecto de 1851 ni en su comentario por García Goyena hay el menor atisbo de la equiparación entre dolo y culpa lata (concepto que ya no existe) a efectos de un posible pacto de exclusión de la responsabilidad, ni mucho menos a los efectos de una cláusula de limitación de la responsabilidad.

Gutiérrez¹¹¹, en 1869, se mostró partidario de la tripartición en términos generales, aunque dispuesto a asumir como propia la teoría del grado único de la culpa (ya anunciada en el Proyecto de 1851) si esta fuera aprobada por el legislador¹¹², pero no asimiló el dolo a la culpa grave en lo que respecta a los pactos de renuncia al dolo futuro¹¹³. Por lo que su respuesta a la cuestión ahora debatida (admisibilidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave) ha de considerarse positiva.

Pocos años antes de la aprobación del Código Civil, el 2 de julio de 1875, el Tribunal Supremo dictó una Sentencia, citada por

¹¹⁰ En el comentario al artículo 1005 del Proyecto, García Goyena hace enteramente suyo el Discurso 59 Frances, en el que se decía: «la división de las faltas es más ingeniosa que útil en la práctica, pues a pesar de ella será necesario, á cada falta que ocurra, poner en claro, si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención, al obligarse, cuáles son las circunstancias. (...) Por estas consideraciones se ha decidido, que el que se obliga a la conservación de una cosa, debe poner en ello todos los cuidados de un buen padre de familias».

¹¹¹ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 1.ª ed., Libro IV (Obligaciones), pp. 46, 47 y 58 a 62.

¹¹² «Nosotros hallamos ventaja en la antigua división porque da mayores medios de proporcionar la responsabilidad de la culpa, principio ineludible de toda ley que tenga tendencia penal; pero siendo cierto que pueda ofrecer en la práctica alguna dificultad, no repararíamos en sustituir a esas reglas la del Código: el ejemplo del buen padre de familia es de buen origen y ejemplo práctico y seguro, unido al prudente y justificado arbitrio del juez», p. 62.

¹¹³ Considera Gutiérrez que es un pacto nulo por tener causa ilícita «el de renunciar al dolo futuro», y lo explica en los siguientes términos: «la promesa de que uno no demandará a otro por el engaño o hurto que le haga no vale, porque tales pleitos podrían dar carrera a los omes de fazer mal: é non deben ser guardados (Ley 29)», *op. cit.*, p. 46.

Manresa y por Morales, en la que consideró ineficaz el pacto de que el responsable «no respondía de cualquier desgracia». El Tribunal Supremo declaró que en relación con la *culpa lata* «no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos». Se trataba de un mandato para transportar un sobre con 10.000 pesetas, y el mandatario abandonó en el carruaje la cartera sin tomar las más elementales precauciones. Quizás esta Sentencia fue acertada por el motivo equivocado, pues el pacto de «no responder de cualquier desgracia» no incluye dejar abandonado el sobre con el dinero en el carruaje. La declaración del Tribunal Supremo, no obstante, tiene un carácter innecesariamente general. Esta Sentencia es anterior al Código Civil, por lo que en realidad es solo una curiosidad histórica.

El Código Civil español, siguiendo el precedente del francés y el del Proyecto de 1851, eliminó con carácter general la tripartición de culpas, adoptando el criterio de la diligencia del buen padre de familia (antigua *culpa leve*). Los artículos 1.102, 1.103 y 1.104 C.c. distinguen nítidamente entre dolo (1.102 C.c.) y culpa (1.103 y 1.104 C.c.), y establecen como canon de diligencia el que «exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», en la línea de García Goyena.

Más adelante volveremos sobre esta cuestión por extenso, pero adelantemos ahora lo que se desprende de una mera interpretación literal. En particular, en cuanto al pacto de renuncia a la responsabilidad, el Código Civil tan solo lo menciona expresamente en el artículo 1102, para el caso de dolo, sin referencia alguna a la *culpa lata*. La palabra «igualmente», contenida en el artículo 1103 C.c. es la que más problemas hermenéuticos ha dado, entendiendo Morales que en ella se contiene una tácita prohibición de la exoneración completa de la responsabilidad por culpa (no aclara Morales si esta prohibición alcanzaría también a la limitación de la responsabilidad), y en cambio la doctrina más cercana al Código Civil, como Manresa, así como doctrina más reciente, como Díez-Picazo¹¹⁴, Salelles¹¹⁵ o Badosa Coll, entienden que la palabra «igualmente» no tiene el significado pretendido por Morales en ese contexto. Jordano Fraga, en general partidario de la tesis de Morales, reconoce que «igualmente» no significa total equiparación con el régimen del artículo 1102 C.c., pues ello afectaría también a la res-

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II tomo I, 11.ª ed., 2016, p. 208. Este autor rechaza interpretar «igualmente» en el sentido propuesto por Morales, como el propio Morales reconoce.

¹¹⁵ SALELLES, J. R. *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007.

pensabilidad por culpa leve¹¹⁶. A mi juicio, «igualmente» no significa otra cosa que «también»: es decir, que además de responder por dolo también se responde por culpa, sin que ello signifique que todo lo que se ha dispuesto en el artículo 1102 C.c. sobre la responsabilidad por dolo sea «igualmente» aplicable a la responsabilidad por culpa regulada en el artículo 1103 C.c., con la única diferencia del poder moderador del Juez. Interpretado en este sentido el artículo 1103 C.c., tampoco cabría cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad por culpa ordinaria, lo que sin duda no ha sido el propósito del codificador. La existencia de dos preceptos, con regulación diferente, abona la tesis de que «igualmente» no puede interpretarse en tal sentido. Hasta aquí la interpretación literal del precepto. Como veremos a continuación, en variadas ocasiones el Código Civil equipara expresamente culpa grave a dolo, pero ésta –pudiendo haberlo hecho también– no es una de ellas. Como decía Gregorio López en sus comentarios a las Partidas (véase más arriba), «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata»¹¹⁷. En el artículo 1102 C.c. el Código «requirit dolus ex proposito».

C) LA SITUACIÓN EN OTROS PAÍSES¹¹⁸

La situación en el ámbito internacional es la de una falta completa de coherencia, razón por la cual como veremos al final de este trabajo cobran mayor importancia los estudios y proyectos de normas comunes de Derecho Civil.

En Alemania el BGB siguió un criterio restrictivo, limitando la imposibilidad de pacto en contrario a la responsabilidad por dolo, y no a la que nace de culpa grave: así, el parágrafo 276 BGB dice que «el deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo». Solo el *pactum de dolo non praestando* es nulo, no el pacto de exclusión de la responsabilidad por culpa grave, sin perjuicio de las potestades del juez de control de las condiciones generales de la contratación, cuestión que no es específica de esta materia. La excepción históricamente existente en materia de transporte ha desaparecido ya¹¹⁹.

¹¹⁶ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, 1987, p. 367, nota 66 *in fine*.

¹¹⁷ «Cuando se exige ex profeso dolo no basta con la culpa lata» (traducción propia).

¹¹⁸ Con carácter general, véase OLIVA BLÁZQUEZ, F., «El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos», en *ADC* tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1099-1260

¹¹⁹ En materia de transporte antiguamente se equiparaba dolo y culpa grave a estos efectos (vid. 435 HGB). En 1998 se modificó este precepto para asimilar al dolo la actua-

En cambio, tanto en Suiza como en Italia el proceso codificador hizo suya la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos: el artículo 100.1 de la Ley Federal Suiza de 30 de marzo de 1911 declaró nulo el pacto por el cual se exima al deudor de responsabilidad por dolo o culpa grave¹²⁰, y el Codice Civile Italiano de 1942, cuyo artículo 1229.1 dispone que «es nulo cualquier pacto que excluya o limite con carácter previo la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave» («È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave»)¹²¹.

La misma previsión se contiene en el artículo 332.1 del Código Civil griego¹²², y el artículo 63 del Código Civil colombiano (según el cual la culpa grave «en materias civiles equivale al dolo»).

En particular, en Derecho chileno, el artículo 44 de su Código Civil equipara expresamente la *culpa lata* al dolo, y sin embargo no hay unanimidad en doctrina¹²³ y jurisprudencia¹²⁴ sobre si esta equiparación impide o no la validez o la aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave siempre y cuando tales cláusulas no determinen la práctica irresponsabilidad del deudor. Influye sin duda el hecho de que el artículo 1558 C.c. chileno permite alterar la regla de nuestro artículo 1107 C.c. mediante pacto entre las partes.

En cambio, en Derecho inglés es plenamente válida y aplicable la cláusula de limitación de responsabilidad por culpa grave («gross

ción hecha «con temeridad y a sabiendas de que con probabilidad se causaría un daño»: vid. en MARTÍNEZ SANZ *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, p. 526.

¹²⁰ VON TUHR, A., *Tratado de las Obligaciones* (trad. española W. Roces, 1934), tomo II, p. 99. Dice von Tuhr que en Derecho Común (y cita a Windscheid, *Pandectas*, 265.5), como en Alemania (BGB, 276), «solo se considera nulo el pacto de *dolum non praestandum*», con exclusión por tanto de la culpa grave.

¹²¹ «Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave» (traducción propia). Sobre la cuestión, véase GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1, p. 65.

¹²² Vid. en RUIZ SUTIL, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, p. 775.

¹²³ Véase BANFI DEL RÍO, C., «La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile». *Revista Chilena de Derecho*. vol. 27, núm. 2. pp. 291-330 (2000). Sección Estudios, pp. 323 y 324. Este autor se muestra favorable a la admisión de las cláusulas limitativas de responsabilidad en caso de culpa grave si no determinan en la práctica la irresponsabilidad del deudor, y cita en su apoyo a Alessandri.

¹²⁴ Banfi cita la Sentencia de 11 de marzo de 1992 de la Corte Suprema de Casación de Chile, RDJ. T. 89, secc. 1.ª, pp. 24 ss., que sin embargo contradice las tesis de este autor, puesto que declara inaplicable la cláusula de limitación de responsabilidad en caso de culpa grave

negligence»), como se declaró en la Sentencia del Court of Appeal en el caso *Armitage v. Nurse and others* (1998, 241)¹²⁵ y confirma la doctrina¹²⁶. La discusión se centra fundamentalmente en los tér-

¹²⁵ En esta Sentencia se dice, en primer lugar, que la diferencia entre «culpa» («negligence») y «culpa grave» («gross negligence») tiene en Derecho inglés menos trascendencia que en Derecho continental, siendo una cuestión fundamentalmente de grado.

Se afirma en ella con claridad que en Derecho inglés no rige el principio «culpa lata dolo aequiparatur»: «we regard the difference between negligence and gross negligence as merely one of degree. English lawyers have always had a healthy disrespect for the latter distinction. In *Hinton v. Dibbin* (1842) p 2Q. B. 646 Lord Denman C. J. doubted whether any intelligible distinction exists; while in *Grill v. General Iron Screw Collier Co.* (1866) L. R. 1 C. P. 600, 612 Willes J. famously observed that gross negligence is ordinary negligence with a vituperative epithet. But civilian systems draw the line in a different place. The doctrine is culpa lata dolo aequiparatur; and although the maxim itself is not Roman the principle is classical. There is no room for the maxim in the common law; it is not mentioned in *Broom's Legal Maxims*, 10th ed. (1939)» («vemos la diferencia entre culpa y culpa grave como meramente de grado. Los juristas ingleses han tenido siempre una sana falta de respeto por esta distinción. En *Hinton v. Dibbin* (1842) p 2Q. B 646 Lord Denman C. J. dudó si existe una distinción inteligible: mientras que en *Grill v. General Iron Screw Collier Co.* (1866) L. R. 1 C. P. 600, 612 Willes J. observó –de forma que pasó a la fama– que la culpa grave es culpa ordinaria con un epíteto vituperador. Pero los sistemas de Derecho Civil trazan la línea en un lugar diferente. La doctrina es culpa lata dolo aequiparatur, y aunque la máxima en sí misma no es romana el principio es clásico. No hay lugar para esta máxima en el common law; no se menciona en *Broom's Legal Maxims*, 10th. Ed. (1939)»).

Y, por otra parte, en esta Sentencia se afirma expresamente que cabe limitar la responsabilidad en caso de culpa grave: «since it was open to contracting parties to exclude liability for ordinary or even gross negligence, such an exclusion was also open to the parties to a settlement» («dado que estaba dentro del poder de disposición de las partes contratantes excluir la responsabilidad por culpa ordinaria e incluso por culpa grave, tal exclusión también era posible para las partes en un settlement»).

¹²⁶ Véase Christou, R. *Drafting commercial agreements*, 6th Ed., Thomson Reuters, que en su página 36 afirma que «Liability for any type of breach arising from any cause, including total failure to perform caused by wilful default, can (leaving aside the impact of s.3 of the UCTA) be excluded, provided the clause is drafted widely enough (See *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361). This principle was followed in *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A. C. 827, where an exclusion clause was found to be drafted so widely as to exclude liability for a wilful default which was also a fundamental breach of the contract. Similarly, in *Armitage v Nurse*, [1998] Ch. 241, the Court of Appeal held that a trustee-exemption clause could validly exclude liability for gross negligence as it was sufficiently widely drafted to cover this contingency, and that there was no point of public policy that would otherwise cause such a clause to be unenforceable» («La responsabilidad por cualquier tipo de incumplimiento, cualquiera que sea la causa de la que surja, incluyendo una completa falta de cumplimiento causada por dolo, puede (dejando al margen el impacto de s.3 del UCTA) ser excluido, siempre que la causa se redacte en términos suficientemente amplios (véase *Suisse Atlantique Societe d'Armement SA v. NV Rotterdamsche Kolen Centrale* [1967] 1 A. C. 361). Este principio se siguió en *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd* [1980] A. C. 827, donde una cláusula de exclusión de responsabilidad se consideró que había sido redactada en términos tan amplios que excluían la responsabilidad por dolo que además constituyó un incumplimiento fundamental del contrato. De forma similar, en *Armitage v. Nurse* [1998] Ch. 241, la Court of Appeal consideró que una cláusula de exención de responsabilidad en favor de un trustee podía válidamente excluir la responsabilidad por culpa grave dado que estaba redactada en términos suficientemente amplios para cubrir esta contingencia, y que no había razón alguna de políticas públicas que permitiera llegar a la conclusión de que una cláusula semejante debiera ser inaplicable»).

minos en los que la cláusula está redactada, y en si ésa era realmente la intención de las partes¹²⁷. La jurisprudencia inglesa es escéptica incluso respecto al concepto de «culpa grave», respecto de la que Willes J. afirmó –con palabras que han sido citadas en muchas ocasiones– que la culpa grave no es otra cosa que «culpa ordinaria con un epíteto vituperador»¹²⁸.

La situación es menos clara en Derecho estadounidense, pues en ocasiones la cláusula de limitación de responsabilidad se ha considerado inaplicable en caso de culpa grave, al menos en el Estado de Nueva York¹²⁹ y en los viejos Restatements of the Law¹³⁰, pero no en el Uniform Commercial Code¹³¹, más moderno, que acepta estas cláusulas de limitación de responsabilidad (con la excepción de los daños personales causados por bienes de consumo) y no establece excepción alguna a la validez de tales pactos en caso de culpa grave¹³².

El Derecho belga¹³³, modificado en 2022, permite expresamente la cláusula de exoneración completa de responsabilidad por culpa grave (art. 5.89 del Código Civil belga)¹³⁴, con las solas

Vid. también Glenn Kangisser y Shu SHU WONG, «Limitation of liability: a general overview under English Law», disponible en <https://www.haynesboone.com/news/alerts/limitation-of-liability-a-general-overview-under-english-law>.

¹²⁷ Véase Treitel, G. H., *The Law of Contract*, 1999, p. 203, y en el mismo sentido Cooke, John y Oughton, David, *Common Law of Obligations*, 2nd Ed., Butterworths 1993, p. 397.

¹²⁸ Véase nota al pie anterior.

¹²⁹ *Kalisch-Jarcho, Inc. v. New York*, 448 N. E.2d 413, 416 (N. Y. 1983). El concepto de *gross negligence* es el de «reckless indifference to the rights of others» (temeraria indiferencia hacia los derechos de otros).

¹³⁰ Vid. en RUIZ SUTIL, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, p. 778.

¹³¹ Véase el parágrafo 28:2-719 (Contractual modification or limitation of liability), relativo a la compraventa, que solo la excluye para los daños personales causados por bienes de consumo. Vid. en <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-719>.

¹³² Vid. en el mismo sentido Ruiz Sutil, C., *op. cit.*, p. 779.

¹³³ Ley de 28 de abril de 2022 modificando el Código Civil, disponible en https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2022/07/01_1.pdf.

¹³⁴ «Art. 5.89. Clause exonératoire de responsabilité

§1. Sauf si la loi en dispose autrement, les parties peuvent convenir d'une clause exonérant le débiteur, en tout ou en partie, de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. La clause peut exonérer le débiteur de sa faute lourde ou de celle d'une personne dont il répond. Une telle exonération ne se présume pas. Sont toutefois réputées non écrites les clauses qui exonèrent le débiteur:

1^o de sa faute intentionnelle ou de celle d'une personne dont il répond; ou

2^o de sa faute ou de celle d'une personne dont il répond, lorsque cette faute cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne.

Est pareillement réputée non écrite la clause qui vide le contrat de sa substance.

§2. Si le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur».

excepciones de la «faute intentionnelle» (en realidad dolo) y de los daños causados a la integridad física de una persona.

VI. OTROS SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EN LEYES ESPECIALES: SU SIGNIFICADO.

A) LAS TRES REFERENCIAS EXISTENTES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En la redacción originaria del Código Civil las referencias a la culpa son muy numerosas, pero en ninguna ocasión se hace referencia siquiera a la «culpa grave» o «lata». El precepto que más se aproxima, pero sin llegar a usar el concepto, es el artículo 1726, que dispone que «el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido» (se admite un mayor o menor rigor en la apreciación de la culpa, pero sigue sin usarse el concepto de culpa grave o lata). El Código en su redacción originaria, a la que pertenece el artículo 1102 C.c., prescinde por tanto por completo del concepto. Sin admitir siquiera el concepto de culpa grave, mal podría haber establecido la equiparación entre el dolo y la *culpa lata*.

Sin embargo, con posterioridad dos¹³⁵ de las sucesivas modificaciones del Código Civil (ha habido un total de 66) han introducido un total de tres supuestos en los que la culpa grave se asimila legislativamente al dolo. Ello no significa que la equiparación sea general: más bien al contrario, al especificarse expresamente los tres casos en los que la culpa grave tiene los mismos efectos que el dolo y al mantenerse la referencia exclusivamente hecha al dolo en los innumerables restantes casos, por exclusión, en estos últimos (incluido el artículo 1102 C. c.) no debe entenderse incluida la culpa grave. Si hubiera una automática y general equivalencia entre dolo y culpa grave, no habría sido necesario modificar estos tres artículos.

Los tres supuestos mencionados son el artículo 168 C.c., el artículo 1366 C.c. y el artículo 1904 C.c. El primero de ellos se

¹³⁵ La primera fue la Ley de 13 de mayo de 1981, que modificó los artículos 168 párr. 2.º y 1366 C.c., y la segunda la Ley 1/1991, de 7 de enero, que modificó el artículo 1904 C.c.

refiere a la responsabilidad de los padres que incurran en dolo o culpa grave causantes de la pérdida o deterioro de los bienes de los hijos de los que tienen la representación legal. El segundo establece la no responsabilidad de la comunidad de gananciales por las deudas extracontractuales de un cónyuge actuando en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de sus bienes, contraídas debido a dolo o culpa grave de dicho cónyuge. Y el tercero establece la acción de regreso de los centros docentes contra los profesores que hubieran incurrido en dolo o culpa grave, cuando dichos centros docentes sean condenados como responsables civiles por los actos de los menores a su cuidado.

Hay otras leyes que asimilan dolo y culpa grave, y lo hacen expresamente, por haber creído el legislador que resultaba necesario disponerlo en esos casos. Otras muchas hablan de dolo solamente, y ante el silencio relativo a la culpa grave tales normas no se interpretan por la doctrina en el sentido de incluir dicha *culpa lata* (véase como ejemplo nuestra legislación del transporte, que será objeto de estudio específico más adelante).

B) EQUIPARACIÓN EN LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO SOLO EN CASO DE PRECEPTO QUE EXPRESAMENTE LO DISPONGA

Como ejemplo de la asimilación legislativa de la *culpa lata* al dolo por disposición expresa de la Ley, solo en los cuatro casos en los que así se dispone expresamente y no en los restantes, cabe citar la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro. Dos de los cuatro supuestos en los que se equipara dolo y culpa grave se refieren a la declaración del riesgo previa a la suscripción del contrato (art. 10), y los otros dos supuestos consisten en el incumplimiento del deber de informar al asegurador sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (que solo hace perder el derecho a la indemnización si concurre dolo o culpa grave, art. 16) y en la causación de un incendio por dolo o culpa grave del asegurado (que también hace perder el derecho a la indemnización: art. 48). En cambio, en otras cuatro ocasiones esta misma Ley se refiere al dolo, sin referencia a la culpa grave, y se interpreta en el sentido de que ha de ser necesariamente dolo, y no culpa grave, lo que concurra: son los artículos 28 (dolo en la inexactitud del valor estimado), 32 (dolo en la omisión de

la comunicación del seguro múltiple), 43 (subrogación del asegurador en la acción contra el pariente causante del daño con dolo) y 89 (inexactitud dolosa en las declaraciones del tomador del seguro sobre la vida). Lo mismo sucede cuando el legislador exige mala fe (art. 19 LCS): la culpa grave no se asimila a ella. Cuando el legislador ha querido que la culpa grave equivalga al dolo, así lo ha dispuesto expresamente. En cualquier otro caso, se interpreta que hace falta dolo y no basta con culpa grave.

Así lo ha declarado la jurisprudencia, según la cual solo podrán ser asimilables las figuras de culpa grave y dolo cuando se establezca expresamente en el precepto de aplicación que ambas figuras son equiparables (vid. Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, de 22 de diciembre de 2008¹³⁶). En relación con el artículo 19 LCS (y con el art. 102 LCS) esta jurisprudencia se ha consolidado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023¹³⁷, 22 de noviembre de 2022¹³⁸ y 22 de diciembre de 2008¹³⁹, todas las cuales exigen dolo, «acto intencional y malicioso del asegurado», y niegan expresamente que sea suficiente para ello la «negligencia, aunque sea manifiesta».

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008, La Ley 276686/2008, RJ 2009/161. FJ 6.º

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 579/2023, de 20 de abril de 2023, RJ 2023/2535, La Ley 63947/2023, que sostiene: «4.-El problema es que en este caso hubo una doble actividad delictiva: (i) una, de carácter doloso, que fue la sustracción de la gasolina del depósito del vehículo estacionado en el garaje; y (ii) otra, de carácter imprudente o culposo, que fue el incendio causado por la negligente manipulación del combustible. Desde ese punto de vista y conforme al artículo 19 LCS, la primera conducta no estaría asegurada, pero sí la segunda, puesto que no fue dolosa en el sentido exigido por el precepto.»

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 799/2022, de 22 de noviembre de 2022 (LA LEY 276686/2022, RJ 2022/5646), que afirma en su FJ 3.º: «El precepto, al utilizar la expresión «mala fe», se aparta de la terminología empleada en otros artículos de la misma Ley, en los que habla de «dolo» o «culpa grave». No obstante, la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 837/1994, de 1 de octubre; y 631/2005, de 20 de julio). Como indicó la sentencia 639/2006, de 9 de junio, para la interpretación del concepto de mala fe a que se refiere el artículo 19 LCS, «lo relevante es que ha de tratarse de un acto consciente y voluntario del asegurado. Ha de ser un acto intencional y malicioso del asegurado».

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, Sala Primera de lo Civil, 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008 (LA LEY 276686/2008, RJ 2009/161), que declara en su FJ 6.º: «No puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así (vg., arts. 10 II y III, 16 III, 48 II LCS).»

Por el contrario, la responsabilidad por culpa grave es asegurable, como recuerdan Salelles¹⁴⁰, Carrasco¹⁴¹, Olivencia¹⁴², Sánchez Calero¹⁴³ e incluso Yzquierdo¹⁴⁴, aunque la responsabilidad por dolo no lo sea (art. 19 LCS). Como recuerda Jordano Fraga, la admisibilidad de pactos de limitación de responsabilidad por culpa grave va de la mano de la posibilidad de asegurar la responsabilidad por culpa grave¹⁴⁵: si aquella fuera contraria al orden público, también lo sería este aseguramiento, que según la inmensa mayoría de la doctrina (con la excepción del propio Jordano Fraga) es lícito.

En particular, son asegurables los daños causados por inexactitud de las manifestaciones y garantías prestadas a la contraparte en un contrato, incluso cuando concorra culpa grave en tal inexactitud (pero no cuando concorra dolo).

En el ámbito especial del seguro marítimo, se acepta cubrir el 90% del daño en caso de culpa grave (pero no el dolo) mediante pacto expreso (art. 419.1 Ley de Navegación Marítima)¹⁴⁶.

C) SUPUESTOS DE EQUIPARACIÓN Y NO EQUIPARACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE

La equiparación o no de la culpa grave al dolo en cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual es una cuestión tratada con detenimiento y profusión entre los autores que han estudiado la legislación del transporte, especialmente –pero no solo– el Convenio Relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (en lo sucesivo, «CMR»).

¹⁴⁰ SALELLES, *op. cit.*, p. 277: «nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que sea su intensidad (art. 19 LCS)».

Sobre el aseguramiento de la culpa, antes de la LCS, véase ALONSO SOTO, *El seguro de la culpa*, 1977, p. 281.

¹⁴¹ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1.102 C.c.», en Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1. Edersa, 1989, p. 475. Dice Carrasco: «la norma general es el artículo 19 de la L. C. S.: tanto de su texto («mala fe») como de su formación legislativa, se desprende que el legislador no quiso excluir la asegurabilidad de la culpa lata».

¹⁴² OLIVENCIA RUIZ, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982, pp. 899 a 901.

¹⁴³ SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I, p. 271.

¹⁴⁴ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 236 in fine. Lo cual es especialmente significativo porque como veremos más adelante Yzquierdo es en general partidario de la imposibilidad de excluir la responsabilidad por culpa lata.

¹⁴⁵ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 336, nota 12: «la no asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata es una consecuencia necesaria de su equiparación con el dolo a los efectos de la no derogabilidad o limitación de la responsabilidad de ellos derivada».

¹⁴⁶ Vid. Exposición de Motivos y artículo 419.1 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

A este respecto, hay que distinguir ante todo entre las normas internacionales y las normas nacionales, que establecen soluciones totalmente diferentes (lo cual por cierto resulta desafortunado).

Con carácter general, entre las primeras cabría resumir el estado de la cuestión diciendo que ninguno de los tratados internacionales que regulan el transporte terrestre por carretera o ferrocarril, marítimo y aéreo establece la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos. Todos ellos, menos el CMR utilizan como criterio el dolo o el dolo eventual, y por consiguiente declaran inaplicables las cláusulas limitativas de la responsabilidad del transportista cuando éste haya actuado con intención de causar el daño, o de modo temerario y con conciencia de que probablemente se causaría dicho daño.

Éste es el criterio que, tras diversos avatares históricos¹⁴⁷, adoptan hoy los tratados internacionales en vigor tanto en materia de transporte ferroviario internacional (Protocolo de Vilnius de 3 de junio de 1999, que modifica el Convenio CIM de 1952)¹⁴⁸, como en el transporte marítimo internacional (Reglas de La Haya-Visby)¹⁴⁹, como en el transporte aéreo internacional sujeto al Con-

¹⁴⁷ Sobre la evolución histórica, vid. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera, ICG Marge, 2017, pp. 441 a 498, que contiene un excelente análisis de la cuestión.

Relata Sánchez-Gamborino que, por ejemplo, la primera versión del Convenio de Varsovia de 1929 relativo al transporte aéreo acogía la fórmula que hoy usa el CMR: «si el daño procede de su dolo o de culpa que, con arreglo a la Ley del Tribunal que entiende en el asunto, se considere como equivalente al dolo». No obstante, el Convenio de Varsovia de 1929 se modificó por el protocolo de La Haya de 1955, que ya utilizó la fórmula moderna que exige haber actuado «con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio».

En la versión originaria del Convenio CIM sobre transporte ferroviario internacional de 25 de octubre de 1952 se distinguía entre dolo (inaplicación del límite) y culpa grave (aplicación de un límite ad hoc, el doble que el límite ordinario). Como se verá, esta redacción fue sustituida en 1999 por la regla moderna, la misma vigente en el Convenio de Varsovia de 1929.

Sobre esta evolución histórica, véase también MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Granada, 2002, p. 515 y Arias Varona, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), nota al pie 7 y página 285.

¹⁴⁸ Ratificado por España el 7 de junio de 2002, BOE de 23 de junio de 2006.

Este texto excluye la aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad cuando el transportista haya actuado «con intención de provocarlo [el daño] o de modo temerario y con conciencia de que de ello podría resultar dicho daño» (art. 36).

En materia de transporte internacional de pasajeros por ferrocarril se usa la misma regla (art. 48 CIV).

¹⁴⁹ Las Reglas de La Haya se establecieron en el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque. Fueron modificadas, por lo que aquí respecta, por el Protocolo de Visby de 23 de febrero de 1968.

venio de Varsovia de 1929 modificado en 1955)¹⁵⁰, aunque en la inmensa mayoría de los casos será de aplicación el Protocolo de Montreal de 1999¹⁵¹, en el que (i) no hay limitación alguna en el transporte de personas por daños causados a éstas existiendo culpa (grave o no), (ii) la responsabilidad por transporte de carga, está siempre limitada, incluso en caso de dolo¹⁵², y (iii) tan solo en caso de retrasos o daños al equipaje se aplica la regla habitual en los tratados internacionales en materia de transporte. La misma regla del vigente artículo 25 del Convenio de Varsovia aplica también a otros convenios en materia de transporte que no han entrado en vigor o de los que España no es parte¹⁵³.

El artículo 4 bis.4 de las Reglas de La Haya, introducido por el Protocolo de Visby, dispone que los límites a la responsabilidad del porteador no se aplican si la conducta de éste se produjo «sea con intención de provocar un daño, sea temerariamente y con conciencia que resultaría probablemente un daño».

Similar fórmula se contiene en el artículo 8 de las Reglas de Hamburgo, Convenio sobre Transporte Marítimo de 31 de marzo de 1978, en vigor, que habla de una conducta del porteador «con intención de causar tal pérdida o, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso».

Las Reglas de Rotterdam, Convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo de 11 de diciembre de 2008, aún no en vigor, establecen en su artículo 61 un criterio similar: acto del porteador «cometido con la intención de causar dicha pérdida o daño, o temerariamente y a sabiendas de que la pérdida o el daño probablemente se produciría».

¹⁵⁰ Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo de La Haya de 1955. Este Protocolo de La Haya modificó el artículo 25 del Convenio de Varsovia, disponiendo que los límites no se aplicarían en caso de acción u omisión del transportista «con intención de causar el daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio».

Véase una interpretación poco rigurosa del artículo 25 del Convenio de Varsovia (en el sentido de que actuar «con temeridad y sabiendo que probablemente se causaría perjuicio» se corresponde con el concepto de culpa grave) en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1987, RJ 1987/4276, FJ 3.º Esta afirmación resulta refutada en jurisprudencia posterior

¹⁵¹ Protocolo de Montreal de 28 de mayo de 1999, BOE 20 de mayo de 2004. Véanse sus artículos 18 y 19.

¹⁵² Dice SÁNCHEZ-GAMBORINO, cit., p. 477: «en transporte aéreo de mercancías, en el ámbito espacial de aplicación del Convenio de Montreal, la indemnización es siempre limitada, incluso habiendo sido probada la concurrencia de dolo».

Ello resulta del tenor literal del artículo 22.5 del Protocolo de Montreal, que en relación con el transporte de mercancías dice que «Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 de este artículo 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, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño; siempre que, en caso de una acción u omisión de un dependiente o agente, se pruebe también que éste actuaba en el ejercicio de sus funciones». El transporte de mercancías (carga) está en el párrafo 3, por lo que queda excluido de esta regla. Y los daños causados a las personas están regulados en los artículos 17.1 y 21, que no admiten limitación alguna en caso de que el transportista haya incurrido en negligencia (mucho menos si ésta es grave).

¹⁵³ Artículo 21.1 del Convenio de Budapest relativo al contrato de transporte de mercancías en navegación interior (CMNI), no ratificado por España, y artículo 21 del Conve-

La doctrina¹⁵⁴ ha interpretado esta fórmula como equivalente al dolo directo o eventual¹⁵⁵, y algún autor ha manifestado que a estos efectos «toda forma de culpa –incluso la llamada culpa grave– queda descartada» (Sánchez-Gamborino)¹⁵⁶.

A mi juicio esto no es necesariamente así. En la fórmula habitualmente utilizada en los tratados internacionales en materia de transporte (excepto el CMR) falta la conciencia de la antijuridicidad y su carácter voluntario, que como hemos visto es requisito ineludible del dolo, incluso eventual. No es necesario para que concurra dolo la intención maliciosa de causar un daño (requisito solo aplicable al dolo directo y no al eventual), pero sí es preciso que el incumplidor sea consciente de que está incumpliendo y lo haga voluntariamente, con independencia de si desea positivamente causar el daño o simplemente acepta los daños que son consecuencia necesaria (o probable) de la acción. La fórmula utilizada en los tratados internacionales no exige la conciencia y voluntariedad de la antijuridicidad de la conducta, que puede no existir en supuestos de negligencia extrema (temeridad inconsciente de su carácter antijurídico, aunque no de la probabilidad de causar daños). Por ello, creo que el modelo de los tratados internacionales en materia de transporte (excepto el CMR) sigue un camino *sui generis*, no es asimilable ni a la exigencia de dolo directo o dolo eventual (como luego veremos que existe en el art. 62 de la Ley española 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, en lo sucesivo «LCTTM») ni tampoco al modelo de asimilación entre el dolo y la culpa grave, que es totalmente ajeno a estos instrumentos internacionales (que intencionadamente eluden el empleo de estas categorías¹⁵⁷).

Consideración aparte merece el CMR, estudiado con acierto por Martínez Sanz en relación con esta cuestión en particular,

nio de Transporte Multimodal Internacional hecho en Ginebra el 24 de mayo de 1980, que nunca llegó a entrar en vigor.

¹⁵⁴ SÁNCHEZ-GAMBORINO, cit., p. 462: «si alguien tiene conocimiento (consciencia) de la situación en que se encuentra y de que de su actuación probablemente derivará un daño, y a pesar de ello, comete el acto u omite actuar debiendo hacerlo, no cabe duda de que interviene su voluntad. Y la confluencia de tales dos factores –consciencia y voluntad– es lo que caracteriza al dolo». Cita a Gabaldón y Ruiz-Soroa.

¹⁵⁵ Véase MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*–, Comares, 2002, p. 535.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 463.

¹⁵⁷ Probablemente influye en esta decisión la dificultad de traducir literalmente «dolo», pues como explica con acierto Martínez Sanz, «wilful misconduct» no equivale a «dolo directo» (que sería más bien «fraud») sino más bien a cierto tipo de dolo eventual, en el que el deudor es conocedor de que está actuando de modo antijurídico y de que su conducta incrementa el riesgo de que se produzca el daño (sin que sea necesario que esta producción sea probable o necesaria). Vid. en MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, pp. 518 ss.

quien concluye que su artículo 29 solo puede interpretarse como «testimonio de la impotencia o incapacidad para adoptar una solución mejor en este terreno», dadas las dificultades para armonizar los conceptos anglosajón de «wilful misconduct» y francés de «faute lourde». Dicho artículo dispone la no aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad «si el daño ha sido causado por dolo o culpa que le sea imputable y que sea equiparada al dolo por la Ley de la Jurisdicción que conozca la reclamación». Se abre así una gran diversidad de interpretaciones, que la doctrina ha considerado con razón indeseable. Habría sido preferible optar por la solución habitual en los tratados internacionales en materia de transporte.

En España, ello conduce a la cuestión de si en nuestra jurisdicción la culpa (grave) es equiparada al dolo, cuestión que la doctrina mercantilista especializada en materia de transporte responde negativamente: tanto Martínez Sanz¹⁵⁸, como Arias Varona¹⁵⁹ como Sánchez-Gamborino¹⁶⁰. Sobre ello volveremos más adelante.

Queda, en segundo lugar, examinar la legislación española en materia de transporte, que sigue criterios totalmente diferentes a los anteriores.

En primer lugar, en relación con el transporte terrestre de mercancías, cabe citar el artículo 62 LCTTM. Este precepto dispone que «no se aplicarán las normas del presente capítulo que excluyan o limiten la responsabilidad del porteador o que inviertan la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con actuación dolosa o con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción».

Como se ha dicho más arriba, a mi juicio esta fórmula es diferente de la adoptada en los tratados internacionales en materia de transporte, que en su mayoría exigen o bien intención de provocar un daño o perjuicio, o bien temeridad¹⁶¹ y conciencia de que probablemente se causaría dicho daño o perjuicio. En el caso de la LCTTM, se exige además «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido», lo cual en unión con la producción de

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 574 ss.

¹⁵⁹ ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 291.

¹⁶⁰ SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, ICG Marge, 2017, pp. 365 s.

¹⁶¹ Así, evidencia la falta del requisito de temeridad ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 290.

daños dará lugar normalmente al dolo eventual, siempre que el transportista sea consciente de la producción necesaria de tales daños o perjuicios asociados a su conducta antijurídica, como será lo habitual. La expresión del artículo 62 LCTTM citado no captura correctamente este matiz, ni tampoco la posibilidad de que la producción de daños sea probable, aunque no necesaria como exige el precepto. Arias Varona, atendiendo al debate parlamentario del precepto, entiende, pese a todo, que el artículo 62 LCTTM pretende capturar el concepto jurisprudencial de dolo eventual¹⁶², y por tanto debe interpretarse (aunque el tenor literal del precepto no lo diga) que (i) el deudor debe ser consciente de la producción de daños (pues si no, no hay dolo eventual) y que (ii) aunque el precepto exija una causación necesaria, también entran dentro del mismo aquellos incumplimientos que dan lugar a una causación «suficiente» del daño. Con todo, la falta de total concordancia entre el artículo 62 LCTTM y la responsabilidad normal por dolo eventual es clara.

En cuanto al transporte marítimo, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en su artículo 277.2 se remite a las Reglas de La Haya-Visby antes comentadas, por lo que no hay contradicción alguna en este punto. Pero hay que advertir que el segundo párrafo del primer apartado de este mismo artículo 277 dispone, en relación con el contrato de fletamento, y exclusivamente para las relaciones entre el porteador y el fletador, en las que no cabe excluir la responsabilidad por dolo ni por culpa grave¹⁶³. Nada dice de su limitación, aunque debe entenderse también incluida en la prohibición. Por lo demás, esta prohibición resulta criticable, pues no hay razón para tratar mejor al fletador que a los cargadores, a los que el porteador sí puede aplicarles la limitación de la responsabilidad por culpa grave, dentro de los límites de las reglas de La Haya-Visby.

Por último, en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, se dispone la no aplicación de las limitaciones de responsabilidad si concurre dolo o culpa grave (art. 121)¹⁶⁴, pero no ha de

¹⁶² ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 298.

¹⁶³ «No tendrán efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Sin embargo, tales cláusulas, cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, tendrán valor exclusivamente en las relaciones entre este y el fletador, sin que puedan oponerse, en ningún caso, al destinatario que sea persona distinta del fletador».

¹⁶⁴ «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el transportista u operador responderán de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el

olvidarse que con arreglo al artículo 125 de la misma Ley ese precepto solo se aplica al transporte nacional, existiendo como existe una regla diferente de la que resulta del Protocolo de Montreal de 1999 (comentada más arriba) para el transporte internacional aplicable en casi todos los casos. Con todo, el artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea establece para el transporte aéreo nacional un criterio disonante, que convendría armonizar con las reglas del transporte aéreo internacional.

D) OTROS SUPUESTOS DE EQUIPARACIÓN O NO EQUIPARACIÓN EN LEYES ESPECIALES

Otras normas en nuestro ordenamiento exigen «dolo o culpa grave»¹⁶⁵, pero esta doble mención solo es expresiva de que en tales supuestos el legislador ha querido la equiparación entre ambas figuras. En muchos otros casos el legislador se refiere al dolo sin que deba entenderse incluida la culpa grave, como hemos visto en la Ley del Contrato de Seguro y en la Ley de Navegación Marítima.

VII. LA JURISPRUDENCIA Y SUS EQUÍVOCOS

Dos son los posibles enfoques a la hora de estudiar la equiparación (o no) entre la culpa grave y el dolo en la jurisprudencia a efectos de la validez y aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual: en primer lugar, cabe preguntarse si –con arreglo a la jurisprudencia– tal equiparación existe o no con carácter general en nuestro ordenamiento; en segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión es negativa, cabe preguntarse si la equiparación jurisprudencial se produce al menos a los efectos ahora estudiados.

resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave. En el caso de los empleados habrá de probarse, además, que éstos obraban en el ejercicio de sus funciones».

¹⁶⁵ A título de ejemplo, entre las leyes civiles y mercantiles, y sin ánimo de exhaustividad, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (responsabilidad de Jueces y Magistrados), arts. 442, 445 bis y 454 Ley Concursal, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (concurso culpable e incumplimiento culpable del convenio), artículo 12 Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, arts. 113.4, 277.1, 302, 413 ss. de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (responsabilidad del constructor y seguro marítimo), artículo 565.3.º Reglamento Hipotecario (sobre infracciones de los Registradores), artículo 121 Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, etc.

A título de ejemplo, una definición jurisprudencial de culpa grave es «la omisión de las precauciones más elementales previstas por todos»¹⁶⁶ (en la línea del «quod omnes intelligunt» mencionado anteriormente en la parte histórica).

A) NO EQUIPARACIÓN CON CARÁCTER GENERAL

A la primera pregunta es forzoso responder negativamente. Como decía Gregorio López en su glosa a la Partida 7.23.11, «ubi requiritur dolus ex proposito non sufficit culpa lata». Como se ha visto más arriba, en algunas leyes especiales, y tan solo en tres artículos del Código Civil, se equipara a ciertos efectos dolo y culpa grave; en el resto de los casos, la simple mención al dolo no ha de ser automáticamente extendida a la culpa grave, y la jurisprudencia no lo hace.

Buen ejemplo de ello es la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes citada en materia de seguros, y en particular en relación con el artículo 19 de la Ley 50/1980, del Contrato de Seguro, con arreglo al cual «el asegurador estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado». El Tribunal Supremo interpreta esta referencia a la «mala fe» en términos de dolo civil (Sentencia de 22 de noviembre de 2022¹⁶⁷, ente otras muchas). Pues bien, es abundante y unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta este precepto, y sin encontrar razones específicas propias del contrato de seguro y no extrapolables a otros casos, se pregunta por la regla general aplicable cuando el legislador se refiere al dolo y no al «dolo o culpa grave». La regla que el Tribunal Supremo establece es que «no puede aceptarse, en suma, la opinión doctrinal que asimila los supuestos de temeridad manifiesta a los supuestos de intencionalidad en la causación del accidente, habida cuenta de que el término intencionalidad, dolo o mala fe, empleado en diversas ocasiones por la LCS, no deja lugar a dudas acerca de que no comprende la negligencia, aunque sea manifiesta, especialmente si se tiene en cuenta que cuando la LCS quiere incluir junto a los de dolo los casos de culpa grave por parte de alguno de los intervinientes en el contrato de seguro lo hace constar expresamente así

¹⁶⁶ Así en la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja 347/2022, de 2 de diciembre de 2022, JUR 2023/46772, FJ 3.º

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 2022 (La Ley 276686/2022), citada más arriba, que –recordemos– declara que «la jurisprudencia de esta sala ha equiparado esta mención a la mala fe al dolo, en la acepción más amplia que incluye también el dolo civil, expresado como la intención maliciosa de causar un daño contrario a derecho, un daño antijurídico (sentencias 837/1994, de 1 de octubre; y 631/2005, de 20 de julio)».

(vg., arts. 10 II y III, 16 III, 48 II LCS)» (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008¹⁶⁸). En el mismo sentido cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023¹⁶⁹ y 22 de noviembre de 2022¹⁷⁰ antes citadas. En caso de que existiera una equiparación general en nuestro ordenamiento entre dolo y culpa grave, allí donde la ley aplicable pide dolo habría que entender también culpa grave, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dado ese paso.

B) ¿EQUIPARACIÓN A EFECTOS DEL ARTÍCULO 1102 C.C.?

La respuesta a la segunda pregunta se refiere a si existen razones específicas en la cuestión resuelta por el artículo 1102 C.c. que obliguen a alcanzar una solución diferente. En caso contrario, la conclusión anterior se aplicaría al artículo 1102 C.c. con la misma razón que al artículo 19 LCS o a cualesquiera otras normas del ordenamiento que exijan dolo.

No existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que equipare la culpa grave al dolo a los efectos de la validez y aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. El propio Jordano Fraga¹⁷¹ reconoce que la vieja Sentencia de 2 de julio de 1875 no tuvo continuidad tras la entrada en vigor del Código Civil.

Un número no pequeño de Sentencias del Tribunal Supremo en materia de transporte¹⁷² (en la que más se ha discutido esta cuestión), siguiendo las de 9 de marzo de 1962 (1230/1962)¹⁷³ y 27 de

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala Primera de lo Civil, 1029/2008, de 22 de diciembre de 2008, La Ley 276686/2008, RJ 2009/161. FJ 6.º

¹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2023, La Ley 63947/2023, antes citada, que en un caso en el que había dolo (en el robo de gasolina) y también culpa grave (en la manipulación de la gasolina robada, que causó un incendio) consideró que la primera conducta no estaba asegurada (*ex art. 19 LCS*) pero la segunda sí, al no equipararse la culpa grave al dolo.

¹⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 22 de noviembre de 2022 (La Ley 276686/2022), que reproduce lo declarado en la anterior Sentencia 639/2006, de 9 de junio, ambas citadas con anterioridad.

¹⁷¹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 366, nota 65 *in fine*.

¹⁷² Por ejemplo, las Sentencias 382/2015, de 9 de julio, RJ 2015/3692, de 21 de abril de 2009 (RJ 2009/1769), 22 de septiembre de 2006 (RJ 2006/8646), 22 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8870), 21 de junio de 1980 (RJ/1980/2726), etc.

¹⁷³ El arrendatario de una nave industrial utilizó la techumbre de ésta como depósito de chatarra, provocando con ello daños graves consistentes en el hundimiento de la techumbre. El Tribunal Supremo declaró que el arrendatario «infringió consciente y deliberadamente una obligación genérica» nacida del artículo 1258 C.c. «de usar la cosa según se infiera de su naturaleza», deber que infringió con dolo civil («plena conciencia de que la techumbre no puede ni debe utilizarse como depósito de chatarra»).

abril de 1973 (1875/1973)¹⁷⁴, sin asimilar la culpa grave al dolo, afirman que el dolo eventual es dolo: «debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción» (STS 9 marzo de 1962, FJ 1.º *in fine*), o en otras palabras, «como infracción voluntaria y consciente de un deber jurídico» (STS 9 de marzo de 1962, FJ 2.º). Esto no constituye argumento alguno a favor (ni en contra) de la equiparación entre dolo y culpa grave, pues en estos casos habrá dolo, y no culpa grave.

Hay algunas sentencias de Audiencias Provinciales que, a mi juicio erróneamente, dan por supuesto que en el ordenamiento español se equipara la culpa grave al dolo a los efectos de las cláusulas de limitación de responsabilidad en materia de transporte interno, normalmente sin declararlo expresamente¹⁷⁵. No obstante, hemos de recordar que en esta materia de transporte interno la regla es la establecida en el artículo 62 LCTTM y que el Tribunal Supremo, en su Sentencia 382/2015, de 9 de julio de 2015 (Ar. 2015/3692, JF 5.º) ha declarado que ese precepto se refiere exclusivamente a los supuestos de dolo directo o dolo eventual, siendo por tanto inaplicable la supuesta equiparación con la culpa grave. Como relata Sánchez Gamborino¹⁷⁶, a esta Sentencia del Tribunal Supremo siguió otra el día siguiente (Sentencia 399/2015, de 10 de julio) relativa al transporte internacional (art. 29 CMR) que aplicó idéntica regla¹⁷⁷: la inaplicabilidad de las cláusulas de limitación de responsabilidad en transporte terrestre internacional solo procede en caso de dolo directo o dolo eventual, sin incluir por tanto la culpa grave. A estas dos sentencias del Tribunal Supremo han seguido otra del mismo Tribunal 455/2016 de 4 de julio de 2016¹⁷⁸ y muchas otras de Audiencias Provinciales¹⁷⁹, siempre en materia de transportes terrestres.

La conclusión es que, por lo que hace al Tribunal Supremo, allí donde no hay equiparación legal en un precepto legal aplicable por razón de la materia, no se afirma la equiparación entre dolo y culpa grave a estos efectos de la inaplicabilidad de las cláusulas de limi-

¹⁷⁴ Arrendatario que incumple de forma dolosa, a juicio del Tribunal Supremo, su obligación de conservar la cosa, dejándola en un estado lamentable.

¹⁷⁵ Véanse SAP Madrid de 15 de enero de 2008 (FJ 6.º), SAP Madrid de 9 de junio de 2005 (JUR 2005, 181508), SAP Asturias de 22 de enero de 2009 (JUR 2009, 239034), SAP Cáceres 10 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154111). Véanse también la SAP Toledo de 25 de marzo de 1997 y la SAP Zaragoza de 4 de junio de 1997.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ GAMBORINO, cit., p. 218.

¹⁷⁷ Distanciándose por tanto de la regla que siguió el mismo Tribunal Supremo, en una sentencia anterior de 9 de febrero de 1999, aplica el artículo 29 CMR en un supuesto que califica como de culpa grave.

¹⁷⁸ FJ 2.º, Ar. 2016/3167.

¹⁷⁹ Véase una enumeración en SÁNCHEZ GAMBORINO, cit., p. 218.

tación de responsabilidad en la legislación del transporte o en el artículo 1102 C.c.

Y, de hecho, la jurisprudencia menor¹⁸⁰ el Tribunal Supremo ha declarado expresamente que «la culpa, aun en su forma más grave de culpa lata, no puede ser equiparada, en cuanto a sus efectos, al dolo». De nuevo, en la Sentencia de 20 de diciembre de 1993¹⁸¹ afirma el Tribunal Supremo, en un supuesto en el que se alega por el recurrente la existencia de culpa grave y su supuesta equiparación doctrinal al dolo, que el motivo ha de desestimarse porque «ha de distinguirse la culpa del dolo en cuanto a los efectos del incumplimiento de las obligaciones, para excluir la reducción de responsabilidad en el supuesto de dolo y admitirla en el caso de culpa».

En particular, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1984¹⁸², relativa a la responsabilidad de un contratista en un contrato de arrendamiento de obra, en el que el contrato decía que una vez transcurrido el plazo de garantía se excluye toda responsabilidad, excepto en caso de dolo, declaró que dicha cláusula estaba dentro del «ámbito de libertad o autonomía de las partes para regular, limitar o examinar las consecuencias de la responsabilidad contractual sobrevenida o consecuencia de su cumplimiento normal o defectuoso, máxime cuando ya se excluye la renuncia a la responsabilidad por dolo (art. 1102 del C.Civ.)». El Tribunal Supremo entendió que la cláusula estudiada, que exoneraba de toda responsabilidad por culpa, «no ha podido invalidarse como ilícita por no sobrepasar los límites de las leyes que se citan: Ley, moral, orden público, perjuicio de tercero, precepto prohibido o fraude de Ley».

Existen también tres Sentencias del Tribunal Supremo, de las cuales solo una es un precedente válido (otra cita en realidad la opinión de la Audiencia Provincial y la tercera es *obiter*) que declaran nulas o inaplicables cláusulas de completa exclusión de responsabilidad por culpa grave, cuestión que no es objeto de este trabajo¹⁸³ (la Sentencia citada en el párrafo anterior no tenía esta

¹⁸⁰ Véanse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia, 37/2005, de 16 de mayo (AC 2005/895), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 196/2006, de 9 de marzo (JUR 2006/154290), entre otras muchas.

¹⁸¹ RJ 1993/10100, FJ 4.º

¹⁸² RJ1984\1969, FJ 3.º, 4.º y 5.º

¹⁸³ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502), en un supuesto de resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y asistencia, que fue incumplido dolosamente, dice que es inaplicable la renuncia a resolver el contrato porque no hubo tal renuncia y, a mayor abundamiento, porque «la cláusula de exoneración de responsabilidad tiene como límite el dolo y la culpa

dificultad, pues dentro del plazo de garantía la responsabilidad era plena y por tanto la obligación era vinculante).

En cuanto a la jurisprudencia menor, hay algún caso¹⁸⁴ de equiparación de dolo y culpa grave a efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad, pero la *ratio decidendi* es –de nuevo– que la nimiedad de la indemnización máxima pactada dejaba al mero arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación en la que había concurrido culpa grave, de nuevo la misma cuestión ligada al artículo 1256 C.c. sobre la que volveremos más adelante. Hay también muchas otras sentencias que niegan la equiparación¹⁸⁵.

Con carácter expreso, en relación específicamente a la validez de las cláusulas que exoneran de la responsabilidad por culpa grave, se pronuncia en sentido favorable, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 22 de mayo de 1987¹⁸⁶, que declara en su FJ 4.º:

«Cuarto: Así concretados los términos del debate, la cuestión se reduce a reexaminar el posible alcance de la referida cláusula de exoneración de responsabilidad. Por de pronto debe señalarse, en cuanto a la validez de esta clase de cláusulas, que, aunque en el

grave». Se trata de una afirmación *obiter dictum*. Como se ha dicho, las cláusulas de exoneración de responsabilidad caen fuera del ámbito de este trabajo.

Lo mismo sucede con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), que en relación con la culpa en la ejecución de un contrato de remolque de buques (el buque remolcado se soltó y embarrancó) pone en boca de la Audiencia Provincial la afirmación de que la culpa grave equivale al dolo a los efectos de no aplicar una cláusula de exoneración de responsabilidad (no de limitación de la misma).

Otro tanto cabe decir de la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad (de Bureau Veritas, por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes».

¹⁸⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 307/2014, de 30 de septiembre, JUR 2014/289127. Esta sentencia versa sobre el incumplimiento de un contrato de asesoramiento fiscal en régimen de iguala, en el que había un pacto de limitación de la responsabilidad por importe de una mensualidad (1.000 euros, que fue la condena que se impuso por el Juzgado de Primera Instancia). El asesor fiscal incurrió en culpa grave y causó un daño de 540.478,69 euros. La Audiencia dice que «las partes no podían válida y lícitamente pactar en el contrato la limitación de responsabilidad por un daño irrogado con culpa grave» (FJ 26.º). Por tanto, la solución parece basarse no en la equivalencia entre dolo y culpa grave sino en haber perdido la obligación su carácter vinculante dada la desproporción entre el daño y la cuantía a la que quedaba limitada la responsabilidad (es decir, en la práctica esta cláusula equivalía a la completa exoneración de responsabilidad por culpa grave); pero eso es una cuestión diferente, basada en el artículo 1256 C.c., que se examinará más adelante.

¹⁸⁵ Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial del Madrid 385/2004, de 11 de mayo (RJ 2004/1583), *obiter dictum*, afirma que «la responsabilidad procedente del dolo no puede excluirse por vía contractual (art. 1102 del Código civil). Distinto es el caso de la responsabilidad nacida de la culpa».

¹⁸⁶ La Ley 12260-JF/0000. Ponente Juan Alberto Belloch Julbe.

antiguo Derecho civil español se negaba la validez de esta exoneración cuando se trataba de la llamada culpa lata –y así se pronunció el TS en una vieja S 2 Jun. 1875–, la común opinión doctrinal que, desde luego, comparte esta Sala, entiende que, publicado el CC, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de culpa lata, ni contienen prohibición de renunciar a 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. 1102 CC), por más que la palabra «igualmente» puesta en el artículo 1103 CC pueda ser origen de alguna vacilación inicial, la conclusión debe ser que cabe la renuncia de esta acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo, que no es, ciertamente, el caso de autos (...).

La doctrina mercantilista ha estudiado la abundante jurisprudencia menor en materia de transportes terrestres (véanse Martínez Sanz¹⁸⁷ y Sánchez-Gamborino¹⁸⁸, antes citados) y ha llegado a esta misma conclusión: aunque las sentencias son variadas, no puede encontrarse en ellas una general equiparación entre culpa grave y dolo en materia de pactos de limitación de responsabilidad contractual, sino que mayoritariamente la tesis es la contraria.

Y, en fin, hay alguna Sentencia en la jurisprudencia menor que habla de la equiparación a propósito del artículo 1103 C.c. (no hay moderación de la responsabilidad en caso de culpa grave, como es lógico)¹⁸⁹ o del artículo 1124 C.c. (la culpa grave equivale a la voluntad rebelde a efectos de la resolución por incumplimiento, lo que es igualmente lógico). Ninguna de ellas altera las conclusiones anteriores.

En conclusión, el panorama general de la jurisprudencia no es concluyente, pero desde luego no puede decirse que afirme la equivalencia entre dolo y culpa grave con carácter general y tampoco a los efectos del artículo 1102 C.c. Más bien lo contrario es cierto, aunque no de forma totalmente consistente.

¹⁸⁷ MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, pp. 574 ss.

¹⁸⁸ SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, pp. 365 ss.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo 615/2012, de 23 de octubre, RJA 2013\1542, FJ 13 *in fine*.

VIII. LA NO EQUIPARACIÓN ENTRE CULPA GRAVE Y DOLO A LOS EFECTOS DE LA VALIDEZ Y APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

La cuestión puede suscitarse bien en el plano de la validez o nulidad de la cláusula que específicamente se refiera a la culpa grave, bien en el plano de la aplicación o no al caso de culpa grave de una cláusula que, redactada en términos generales y referida a cualquier supuesto de incumplimiento, resulta en sí misma válida.

A mi juicio, la cuestión que hay que resolver es doble: si el pacto de limitar la responsabilidad contractual en el supuesto de culpa grave es contrario al artículo 1102 C.c., y si dicho pacto es contrario al orden público.

Por ello, la equiparación no puede basarse en la dificultad de la prueba del dolo¹⁹⁰, como han sostenido algunos autores (siguiendo a los Mazeaud: «il ne faut pas que la malice prenne la masque facile de la sottise»¹⁹¹). La mayor o menor dificultad probatoria no debe ser, en cualquier caso, el criterio definitivo para solucionar la cuestión que ahora se dilucida: si cabe o no aplicar las cláusulas de limitación de responsabilidad en el caso de culpa grave. Si las par-

¹⁹⁰ Tanto SALELLES (*Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, p. 277 y p. 272) como MARTÍNEZ SANZ (*La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares 2002, p. 586) comparten esta tesis. Es expresiva la afirmación de Salelles (*op. cit.*, p. 277): «No resulta finalmente fácil acoger la relevancia que se pretende atribuir a las razones de orden práctico (...) porque las dificultades de prueba no pueden diluir la distinción claramente establecida en un plano formal».

La supuesta dificultad probatoria del dolo es un argumento esgrimido por Scialoja: vid. SCIALOJA, V., *Lezioni di diritto Romano*, 1934, p. 38, «no es siempre es fácil en la práctica distinguir el dolo de la culpa lata», y la dificultad probatoria del dolo podría determinar que «el derecho quedaría desarmado y el dolo permanecería por fuera de las consecuencias jurídicas, porque de frente a la negativa del demandad, bien difícilmente se lograría probar su existencia». Vid. comentario en NEME, Martha, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, p. 4, nota 4.

Cossío reproduce la opinión de Scialoja (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 8), y parece compartirla.

¹⁹¹ «La malicia no debe tomar la máscara fácil de la estupidez» (traducción propia). Cit. por LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 2.ª ed., 1985, p. 234.

La cita de Mazeaud es de MAZEAUD, H. y L. y TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1960, vol. 3, pp. 371 y ss.

En el mismo sentido SCIALOJA (cit. por JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 363, nota 63: si no se admitiera la equiparación, «nella massima parti dei casi, il diritto sarebbe disarmato, e il dolo rimarrebbe esente dalle conseguenze giuridiche (proprie), poichè, di fronte alla negativa del convenuto, ben difficilmente si riuscirebbe a provarne l'esistenza» («en la mayor parte de los casos, el derecho quedaría desarmado, y el dolo privado de sus consecuencias jurídicas (propias), ya que, frente a la negativa del demandado, difícilmente se lograría probar su existencia », traducción propia.

tes han decidido utilizar un criterio de más difícil prueba (incluso en el caso de que lo fuera) porque consideran que les aporta una mayor seguridad jurídica y se corresponde mejor con el reparto de riesgos deseado por ellas, la mayor o menor dificultad probatoria no comportará que el pacto sea contrario al artículo 1102 C.c. o al orden público. Las partes son libres para hacer depender el contenido de sus obligaciones de hechos de difícil prueba.

Por otro lado, la dificultad probatoria es relativa. La razón es que el concepto mismo de «*culpa lata*» es, especialmente en el contexto de contratos entre empresas, mucho más difícil de distinguir de la culpa ordinaria que del dolo. La prueba de que la culpa es lata y no ordinaria es difícil porque no existe un concepto legal de culpa grave y por ello no es claro cuál debe ser el objeto de la prueba. No parece que, en el contexto de las relaciones entre empresas, en las que la culpa normalmente resulta de impericia asimilada a aquella («*imperitia culpa adnumeratur*»), pueda actualmente aplicarse el criterio de Ulpiano (seguido por las Partidas) para distinguir la *culpa lata* de la ordinaria. El criterio de «*non intelligere quod omnes intelligunt*» es manifiestamente incierto e inseguro en sede empresarial. En este sentido es mucho más moderna la definición de Bártolo, («*deviatio incircumspecta ab ea diligentia quam communiter habent homines qui sunt eiusdem professionis et conditionis*»), por cuanto adecua el nivel de diligencia al esperable en personas de la misma profesión y condición, pero una vez más el carácter «*incircumspecto*» o no de la negligencia (que será lo que diferencie la culpa ordinaria de la lata, pues la mera desviación de la diligencia esperable en personas de la misma profesión y condición no es *culpa lata* sino leve) será siempre muy discutible y difícil de probar. Menos fácil aún será la distinción entre la culpa ordinaria y la lata usando la definición de Pothier, que como se ha visto es «*ne pas apporter aux affaires d'altrui le soin que les personnes les moins soigneuses et les plus stupides ne manquent pas d'apporter à leurs affaires*». Este canon de diligencia (el de las personas menos cuidadosas y más estúpidas) resulta poco adecuado al ámbito empresarial, y generaría sin duda no pocas controversias e incertidumbres, pues su distinción respecto de la culpa leve (la que comete el que no actúa con la diligencia del buen padre de familia) no se compadece muy bien con el carácter empresarial que tiene la prestación en todo caso. En el ámbito empresarial, hay que estar al canon de dili-

gencia pactado entre las partes; la violación de ese canon de diligencia sería la culpa leve o ordinaria. Parece entonces que la culpa grave ha de consistir en una desviación especialmente grosera, «incircumspecta» –por usar la expresión de Bártolo– respecto de ese canon de diligencia, desviación que –si usamos la fórmula de Pothier– incluso las empresas menos cuidadosas y más «estúpidas» no cometen. Todo ello sin llegar a producirse un consciente y voluntario incumplimiento en el que los daños aparezcan como consecuencia necesaria de la acción, aunque no sean intencionalmente perseguidos, pues en tal caso –concurriendo los restantes requisitos del dolo si éste es por omisión– estaremos ante un dolo eventual, tal y como reconoce el Tribunal Supremo¹⁹² y la doctrina a partir de Cossío en los términos expuestos más arriba. El dolo (incluyendo el dolo directo y el dolo eventual) es un criterio respecto del que es más fácil determinar qué es lo que debe ser probado.

Como recuerdan Martínez Sanz y Arias Varona, los supuestos de dificultad probatoria se deben solucionar no solo aplicando el criterio general sobre carga de la prueba del artículo 217.2 LEC¹⁹³ sino también haciendo uso de las reglas de facilidad y disponibilidad probatoria de cada parte, proximidad a la fuente de prueba y lealtad procesal¹⁹⁴, e incluso de la prueba por presunciones establecida en el artículo 386 LEC¹⁹⁵.

¹⁹² Vid. Jurisprudencia anteriormente citada según la cual deben «entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción». Véanse en especial la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1962 (RJ 1230/1962), con arreglo a la cual «basta infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor a sabiendas (...) debiendo entenderse dolosamente queridos los resultados que, sin ser intencionalmente perseguidos, aparezcan como consecuencia necesaria de la acción», o la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1973 (RJ 1875/1973) que dice que «cuando exista una voluntad deliberada rebelde al cumplimiento de una obligación de cuya omisión derivan los daños, aunque falta la intención directa del daño o perjuicio» se tratará de una situación asimilable al dolo (en realidad, es la definición misma del dolo eventual, por lo que no hay necesidad alguna de asimilar).

¹⁹³ «Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición».

¹⁹⁴ Vid. en este sentido tanto Martínez Sanz *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, Comares, 2002, p. 593 a 599 y en especial 598, y Arias Varona, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010), p. 292.

¹⁹⁵ «386. Presunciones judiciales. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el

No obstante, como decíamos, la clave no está en la mayor o menor dificultad probatoria, sino en si el pacto (de limitar la responsabilidad por culpa grave) es contrario al artículo 1102 C.c. o al orden público (incluyendo en el mismo el principio que inspira el art. 1.256 C.c.)

Los antecedentes históricos y legislativos del artículo 1102 C.c. han sido estudiados más arriba, y de ellos cabe concluir que en el Derecho histórico no hay que fijarse tanto en los aforismos (método conceptualista por desgracia demasiado utilizado) como en la solución de problemas jurídicos a la vista de los intereses jurídicamente protegidos, en particular por lo que respecta a la licitud del pacto de exclusión o limitación de responsabilidad. Como se ha visto, tanto en Derecho romano clásico, como en las Partidas, como en la doctrina medieval y renacentista (al igual que la inmediatamente anterior al Código Civil, con excepción de una Sentencia del Tribunal Supremo de 1875) la exclusión de responsabilidad solo se consideraba nula o inaplicable en el supuesto de dolo, y se aceptaba la «remisibilidad» (exclusión completa) de la responsabilidad por *culpa lata*. Con mayor razón habrá de aceptarse en dichos antecedentes históricos y legislativos la mera limitación de dicha responsabilidad.

También la interpretación literal del artículo 1102 C.c. ha sido estudiada más arriba. La codificación estuvo presidida por la voluntad de prescindir, salvo excepciones contadas, de la tripartición de la culpa, y por tanto de la categoría de la culpa grave. Como explica Manresa, en los artículos 1.103 y 1.104 no es que haya tres grados de culpa, es que se acepta el principio de «graduabilidad de la diligencia», en virtud del cual la diligencia que debe exigirse es la que en cada caso «esté indicada, que lejos

admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción.

2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior».

Sobre la prueba del incumplimiento contractual por presunciones, vid. mi anterior trabajo TORRE DE SILVA, J., *La presunzione di colpa nella responsabilità contrattuale*, Bolonia, 1992, 2023, pp. 197 a 249.

de ser siempre igual, tendrá la misma variedad de las relaciones y hechos en que surja», atendiendo a las circunstancias¹⁹⁶.

Como hemos visto, el artículo 1102 C.c. se interpretó desde un primer momento en el sentido de desechar, a estos efectos, el concepto de culpa grave, y ceñirse al dolo. Así, Manresa¹⁹⁷ sostuvo ya en 1918 que tras la aprobación del Código Civil había renunciar a la acción por culpa grave (mientras no se entrara en el terreno del dolo):

«En la jurisprudencia anterior al Código 198 se había declarado que, “equiparada al dolo la culpa lata, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla”; pero como las nuevas disposiciones legales no expresan ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa lata, ni contiene prohibición de 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 artículo 1102), por más que la palabra «igualmente», puesta en el 1.103, puede ser origen de dudas, creemos que cabrá la renuncia de esa acción, y será válida, siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal culpa y se convierta en dolo».

Cuando el Código Civil (o el legislador en materia de seguros o de acción de regreso en la responsabilidad patrimonial de la Administración, por ejemplo) ha querido equiparar la culpa grave al dolo, así lo ha hecho expresamente en varias ocasiones, como hemos visto. Tuvo la oportunidad de hacerlo en el artículo 1102 C.c., como hizo el Codice Civile italiano o la Ley Federal suiza, pero –al igual que el BGB y el derecho anglosajón– no lo hizo.

Lo cual también resulta de su interpretación conjunta con el artículo 1103 del mismo cuerpo legal, que se refiere a la culpa sin distinción alguna. La división entre el artículo 1102 C.c. y el artículo 1103 C.c. es clara: se refieren respectivamente a dolo y

¹⁹⁶ MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, 3.ª ed., 1918, tomo VIII, p. 88.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 73, 74, 90 y 91.

¹⁹⁸ Cita la Sentencia de 2 de julio de 1875, que examina un supuesto en el que relativa a un supuesto en el que se pactó que el vendedor «no respondía de cualquier desgracia» y se abandonó en un carruaje sin vigilancia y sin tomar las más elementales precauciones una cartera que contenía 10.000 pesetas. La cartera fue robada, y el Tribunal Supremo (aplicando obviamente el Derecho anterior al Código Civil) entendió que la culpa lata «se presta en todos los contratos, y (...) equiparada como lo está al dolo, no cabe acerca de ella el pacto de no prestarla, como contraria e incompatible con la índole y objeto de los contratos». Adviértase que el Tribunal Supremo anterior a la Codificación habla de la total exclusión de la responsabilidad por culpa lata, no de su limitación.

culpa, sin que exista la menor referencia a una modalidad de la responsabilidad por culpa que se rija en realidad por las reglas del dolo a los efectos del 1.102 C.c.

La doctrina reciente, no obstante, se muestra dividida.

La doctrina favorable a la admisibilidad de las cláusulas que limitan la responsabilidad en caso de culpa grave incluye a autores tan reconocidos como Manresa¹⁹⁹, Castán²⁰⁰, Díez-Picazo²⁰¹, Badosa Coll²⁰², implícitamente Albaladejo²⁰³, en parte García

¹⁹⁹ Como ya hemos visto: MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, 3.ª ed., 1918, tomo VIII, pp. 73, 74, 90 y 91.

²⁰⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil III*, 1977, p. 171. En edición más reciente, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 1986, vol. 3, p. 222. Sostiene Castán que sería válido el *pactum de culpa lata non prestando*. Se basa en la letra del artículo 1102 C.c. Y lo argumenta en similares términos a Manresa, al que cita.

²⁰¹ Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.ª ed., pp. 755 s. Este autor defiende incluso la exclusión convencional de la responsabilidad por culpa (sin distinguir según la gravedad de ésta), en los siguientes términos: «Recogiendo lo que puede estimarse una opinión común, entiende Castán que el silencio del Código, junto con la expresa declaración del artículo 1102 para el caso de dolo, son muy significativos y conducen a una admisibilidad de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad por culpa».

En cambio, en otra obra distinta, Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II-I, 11.ª ed., 2016, p. 208, sostiene que la completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave sería contraria al artículo 1256 C.c.: «de ahí que las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deban estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado».

La aparente contradicción hay que superarla entendiendo admisibles las cláusulas limitativas de responsabilidad por culpa grave que no dejen el cumplimiento de la obligación a voluntad del obligado a la luz del artículo 1256 C.c. Sobre esto último se volverá más adelante.

²⁰² BADOSA COLL, F., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103. En especial, en el comentario al artículo 1103 C.c. es muy explícito: «la pregunta sería entonces si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada a la acción; la respuesta la da precisamente el artículo 1102 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. Este límite impone diferenciar entre impunidad de la culpa y supresión del deber de diligencia (por la vía del art. 1.104 II); aquella no equivale a ésta, porque 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 deber de diligencia».

A mi juicio, no hay impunidad de la culpa si hay responsabilidad por incumplimiento, aunque ésta esté limitada, de modo que el argumento anterior conduce a la aceptación de las cláusulas de limitación de la responsabilidad por culpa, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante sobre el carácter vinculante de la obligación.

En el mismo sentido, en su obra *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, pp. 718 y 720, BADOSA habla de una irreductible diferencia entre culpa y dolo en relación con la derogabilidad del régimen jurídico del dolo en cuanto a su indemnización. El artículo 1102, para Badosa, tiene por finalidad castigar la malicia, con base en el principio de Partidas de «no dar carrera a los omes de hacer el mal» (Partidas 5.11.29). La culpa grave no entraría en esta finalidad.

²⁰³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2008, pp. 174 s. Sostiene Albaladejo que sólo al incumplimiento doloso «es al que no se puede extender la exclusión de responsabilidad».

Amigo²⁰⁴, Salelles²⁰⁵, Carrasco²⁰⁶, en parte Martínez Sanz²⁰⁷, Arias Varona²⁰⁸ y otros²⁰⁹. Implícitamente, también defiende esta tesis Santos Briz²¹⁰.

Frente a esta afirmación, a mi juicio clara, no puede prevalecer lo que dice en la p. 206, nota 10, en la que a los efectos de la moderación de la indemnización por los Tribunales (art. 1.103 C.c.) habla de un supuesto de una culpa «tan grande que sea equiparable al dolo», para excluir en tal caso la facultad de moderación del Juez. Se trata de cuestiones distintas, y ambas afirmaciones son compatibles (la que hace sobre el art. 1.102 C.c. y la que se refiere al art. 1.103 C.c.)

²⁰⁴ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965. García Amigo considera que no hay precepto alguno en el Código Civil (tampoco el 1.102 C.c.) que excluya la posibilidad de renunciar a la acción por culpa (*op. cit.*, pp. 142 y 144. Veremos que luego establece algunos límites por la vía indirecta del artículo 1255 C.c.

²⁰⁵ SALELLES, J. R. *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, pp. 268 a 277.

²⁰⁶ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XV, vol. 1. EDESA, 1989, p. 472.

²⁰⁷ MARTÍNEZ SANZ, F., *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002, pp. 574 a 591. Martínez Sanz sostiene que «por lo que se refiere al Derecho español, no resulta fácil afirmar con rotundidad la existencia de un principio favorable a la equiparación entre el dolo y la culpa grave a los efectos perseguidos por el artículo 29 CRM (esto es, en cuanto norma que trata de sancionar al deudor). La doctrina científica no ofrece una solución definitiva, en tanto que tampoco la jurisprudencia recaída en materia de transporte ayuda en exceso, sin que pueda hablarse, hasta el momento, de una postura jurisprudencial dominante. Ello se debe, en buena medida, al confuso panorama que se obtiene del derecho positivo, en el que, junto a normas que parecen negar la asimilación, hablando tan sólo de dolo, se sitúan otras que sí la recogen».

En general parece que se inclina por la tesis de la no equiparación, distinguiendo entre exoneración (cuestión de la que no trata, al exceder de la problemática del art. 29 CRM) y la limitación de responsabilidad por culpa lata. Sostiene que, «en el ámbito de lo punitivo» (él considera que la no aplicación de las cláusulas limitativas de responsabilidad se encuentra en ese ámbito), «ha de construirse el concepto de dolo de un modo más estricto» (*ibidem*, p. 587).

Cree que el argumento de derecho histórico es contrario a la equiparación, por el «silencio elocuente» del Código Civil.

Cita al propio Morales, en principio favorable a la equiparación, cuando a propósito del artículo 1107 C.c. dice que la sanción consistente en hacer responder con mayor severidad al deudor no tiene por qué seguir las reglas de la plena exoneración de la responsabilidad (MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio...», p. 599 *in fine*).

²⁰⁸ ARIAS VARONA, F. J., «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010). 283-302.

²⁰⁹ Por ejemplo, sostiene la no equiparación ASÚA GONZÁLEZ, C. I., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 8073 y 8079.

En el mismo sentido, SÁNCHEZ-GAMBORINO, F., *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017, p. 248.

También sostiene la validez y aplicabilidad de estas cláusulas Dos Santos Martins, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249. En particular, para los contratos de tecnologías de la información entiende Dos Santos que «la dificultad en predecir las potenciales responsabilidades en caso de incumplimiento inhibiría la innovación y el desarrollo de la actividad económica». A su juicio, cabe limitación convencional de la responsabilidad por culpa grave.

²¹⁰ Este Magistrado del Tribunal Supremo defiende que «mediante estipulación expresa puede ser excluida de antemano, tanto si surge de riesgo como si surge de

En particular, Salelles pasa revista a los argumentos a favor y en contra de la equiparación, y sostiene la no equiparación con fundamento en el principio de unidad de culpa en el ordenamiento, en la interpretación literal y lógica del Código Civil, en la no existencia de una relación necesaria entre el grado de culpa y la contravención de los límites de la autonomía de la voluntad constituidos por la moral (la *culpa lata* es asegurable igual que la ordinaria), el orden público o la buena fe, y en el carácter no decisivo de las razones de orden práctico, por un doble motivo: «de un lado, porque las dificultades de prueba no pueden diluir la distinción claramente establecida en un plano formal», y porque «en relación con los límites convencionales de responsabilidad nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que fuera su intensidad (art. 19 LCS)»²¹¹.

Por último, citando la jurisprudencia francesa alude a que «si es manifestación de orden público económico la existencia de conmutatividad en los intercambios, es evidente la relevancia que corresponde al equilibrio de las prestaciones como parámetro de valoración de la exclusión o limitación de responsabilidad estipuladas».

En esta misma línea, Carrasco considera que

«cabrá 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 vendidos al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor»²¹².

La doctrina contraria cuenta también con apoyos relevantes, entre los que cabe citar sobre todo los excelentes trabajos de Mora-

culpa o negligencia, con las limitaciones establecidas en los artículos 1.102, 1.103 y 1.104. Pero la renuncia a exigir responsabilidades será ilícita cuando contravenga la moral o las buenas costumbres, es decir, cuando caiga fuera de la libertad de contratación según los límites marcados 1.255, 1.256 y 1.258 del CC». SANTOS BRIZ, J. «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, p. 105.

²¹¹ SALELLES, *op. cit.*, pp. 274 a 277.

²¹² CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. EDERSA, 1989, p. 472.

les Moreno²¹³ y Jordano Fraga²¹⁴, que desarrollan sus argumentos por extenso, pero también –de forma más concisa– a Lacruz y Delgado²¹⁵, en parte García-Amigo²¹⁶, Yzquierdo –con muchos e importantes matices²¹⁷–, de Verda²¹⁸ y otros²¹⁹.

²¹³ Vid. MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, y con anterioridad MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, vol. 35, núm. 3, 1982, pp. 591 ss.

Dice Morales que la culpa «se presta, igual que el dolo, en todas las obligaciones» y que de ello se infiere que «existen unos niveles mínimos de diligencia exigible, ciertas cotas de responsabilidad por la gravedad de la culpa, que no admiten posible exoneración. Esto refleja, correctamente entendido, el sentido del principio histórico que equipara dolo y culpa lata, en cuanto criterios mínimos de imputación de responsabilidad» («El dolo como criterio...», p. 609).

En la obra más reciente MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, p. 763, sostiene de nuevo la equiparación, de forma más concisa.

En general, Morales habla más de la culpa lata como criterio de imputación (es decir, de la imposibilidad de pacto de exoneración de responsabilidad por culpa lata) que de la agravación de la responsabilidad por culpa lata consistente en la no aplicación de las cláusulas de limitación de responsabilidad.

²¹⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 362 a 374.

²¹⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil, II, DERECHO DE OBLIGACIONES*, 2.ª ed., 1985, p. 239. Esta parte en particular está redactada por Jesús Delgado Echeverría sobre la base de un texto anterior del propio Lacruz Berdejo. Se sostiene en esta obra que la prohibición de limitaciones a la cuantía de la indemnización «comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave». Pero los argumentos que ofrece son solo dos: el de que la completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave (que no es lo que ahora se examina) sería contrario al orden público y por tanto al artículo 1255 C.c. (argumento que no se aplica igualmente a las cláusulas limitativas de la responsabilidad, como luego se verá) y la dificultad de prueba (cita a Jordano Fraga, según el cual la voluntad del deudor es inescrutable), argumento éste último que ya ha sido analizado más arriba. El propio Lacruz cita como contrarias a su tesis las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 20 de octubre de 1984.

²¹⁶ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965. García Amigo considera que el artículo 1255 C.c. establece límites de orden público a la exoneración de la responsabilidad por culpa grave (*op. cit.*, pp. 146-147).

²¹⁷ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 347. Con matices, por lo que luego se dirá: acepta la limitación e incluso exoneración de responsabilidad por culpa lata de los auxiliares: *op. cit.*, pp. 357 a 359, y rechaza que la equiparación tenga alcance general: *op. cit.*, p. 236.

²¹⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, XV, 2005, pp. 25 ss. Véanse en especial las páginas 34 a 36 y 39 a 43.

En cuanto a las cláusulas de exclusión de responsabilidad por culpa lata, invoca De Verda el argumento de Jordano Fraga («en una sociedad basada en la economía de mercado existe un interés general a que las obligaciones contractuales sean cumplidas por las partes»), al que añade el de la dificultad probatoria y a la posible «total falta de responsabilidad del deudor» si se admitieran tales cláusulas. Respecto a la jurisprudencia que cita, véase más arriba la crítica de las Sentencias de 18 de junio de 1990 y de 2 de julio de 1992.

En cuanto a las cláusulas de limitación de responsabilidad por culpa lata, dice que son contrarias al «orden público económico» (*ibidem*, p. 39), y cita la legislación del transporte, más arriba comentada.

²¹⁹ No es del todo claro que pueda incluirse a Cossío en esta lista, pues este autor habla más bien de opiniones de terceros, referidas todas ellas al Derecho romano y no al

Morales Moreno, tras ofrecer numerosos testimonios históricos, sostiene que existe un «*criterio mínimo de imputación de responsabilidad*» que consiste en la culpa lata y el dolo. La culpa lata sería la omisión del mínimo de diligencia exigible en toda obligación, y ello tendría su reflejo en el Derecho positivo en la interpretación de la palabra «*igualmente*» en el artículo 1103 C.c. Sobre esta última cuestión se ha debatido ya en relación con la interpretación literal del precepto en el Código Civil, y sobre las restantes se tratará más adelante.

Por su parte, Jordano Fraga reconoce que la Sentencia del Tribunal Supremo de 1875 (anterior al Código Civil) no tuvo continuidad posterior, y que el Código Civil silencia este problema (habla del «silencio del Código»). Sostiene que la culpa grave es igualmente reprobable que el dolo desde el punto de vista de las normas del leal y honesto comportamiento en el tráfico (pero él mismo reconoce²²⁰ que esta explicación es «insuficiente por genérica»), y que la equiparación históricamente «tiene una marcada raíz práctica» en la dificultad probatoria del dolo. No obstante, Jordano Fraga, inspirado en el Derecho italiano que afirma el principio de *favor creditoris*²²¹, encuentra la verdadera razón de la equiparación en la tutela del derecho de crédito (en definitiva, en el propósito de política legislativa de lograr que las obliga-

español, aunque muestra cierta simpatía por las tesis de Scialoja sobre la dificultad probatoria del dolo (COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 8).

Entre los que aceptan claramente la equiparación cabe citar por ejemplo a TORRES GARCÍA, T., «La moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1.103 del Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, p. 1289.

También la tesis doctoral de Natalia Álvarez Lata (ÁLVAREZ LATA, N., *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, 1998, pp. 154 a 159, que funda su opinión en un doble argumento: el carácter odioso que a su juicio tiene la culpa grave, similar al del dolo, y sobre todo la interpretación del artículo 1102 C.c. a la luz de la realidad social actual, que a su juicio prohíbe «la desatención del mínimo de diligencia exigible al buen ciudadano».

MONTES PENADÉS, V. L. lo considera «inmoral» y por tanto contrario al artículo 1255 C.c.: vid. en «La responsabilidad por incumplimiento», en VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant lo Blanch, 1994, p. 213.

Sánchez Arísti sostiene la equiparación con el solo fundamento de la cita de Lacruz y Albaladejo (a mi juicio, en relación con este último, erróneamente, vid. *supra*). Vid. SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario al artículo 1102 C.c.», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.^a ed., 2013.

También sostiene la equiparación, citando a Morales y a De Verda, Redondo Trigo, F., «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, p. 1345.

Por último, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», *RDM* 150, 1978, pp. 477 s.

²²⁰ JORDANO FRAGA, *ibidem*, p. 372.

²²¹ Cita Jordano Fraga a Galgano, que en efecto afirma este principio en el ordenamiento italiano.

ciones se cumplan), que considera de orden público y por tanto contenida en el artículo 1255 C.c. Sobre estas cuestiones volveremos a continuación.

Yzquierdo rechaza que la equiparación entre dolo y culpa grave tenga alcance general en nuestro ordenamiento civil²²², pero sí la acepta a efectos de excluir la validez o aplicación de las cláusulas que exoneran o limiten la responsabilidad por *culpa lata*. Invoca la dificultad probatoria (antes comentada) y el orden público del artículo 1255 C.c.²²³. No obstante, acepta la exoneración (y por tanto, *a fortiori*, también la limitación) de la responsabilidad por *culpa lata* (e incluso por dolo) de los auxiliares²²⁴, como más adelante se verá. Dado que en los contratos entre empresas la culpa lata casi siempre es en la práctica de los auxiliares, esta afirmación equivale en la inmensa mayoría de los casos a la aceptación de la limitación de la responsabilidad por *culpa lata*. La opinión de Yzquierdo hay que interpretarla a la luz de esta consideración.

Un tercer grupo de autores lo forman aquellos que tan solo se pronuncian sobre la inadmisibilidad de las cláusulas de completa exoneración de responsabilidad en caso de culpa grave, sin pronunciarse sobre las de limitación (por ejemplo, Gomá Salcedo²²⁵).

A mi juicio, además de la consideración inicialmente formulada sobre la falta de fundamento del argumento de la facilidad probatoria, y de lo ya observado sobre la letra del precepto, la interpretación del artículo 1102 C.c. conforme a «la realidad social del tiempo» en que esta norma ha de ser aplicada (art. 3 C.c.) también apunta a la licitud de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del deudor incluso en caso de culpa grave, pues como hemos visto son cláusulas habituales en determinados contratos (por ejemplo, venta de sociedades por fondos de inversión que se liquidan a continuación) y constituyen un requisito necesario para el aseguramiento del riesgo de incumplimiento mediante seguros de manifestaciones y garantías, como anticipábamos al comienzo de este

²²² YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 236.

²²³ *Ibidem*, p. 347.

²²⁴ *Ibidem*, p. 359.

²²⁵ GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Bosch, tomo II, p. 146. Este autor sostiene que dolo y *culpa lata* son conceptos diferentes («conceptualmente no pueden identificarse. La culpa lata, como toda negligencia, consiste en la omisión de la diligencia exigible, mientras que el dolo se concibe como intención. Desde la perspectiva del Código, la culpa lata sigue siendo buena fe en el sentido del artículo 1.107. La asimilación al dolo debe limitarse a la prohibición de renuncia a la acción, igual que el dolo. El Tribunal Supremo ha declarado desde antiguo que no cabe exoneración por culpa lata» (sin duda se refiere a la Sentencia de 1875 que no tuvo continuidad tras el Código Civil).

trabajo, o el seguro de responsabilidad por culpa, incluyendo en su cobertura la *culpa lata* (expresamente admitido por la jurisprudencia y por la doctrina, como antes se ha expuesto, con la sola excepción de Jordano Fraga).

En cuanto al orden público y al artículo 1255 C.c., la cuestión podría enfocarse desde tres puntos de vista diferentes: (i) el carácter odioso del dolo (al que supuestamente se asimilaría la culpa grave), (ii) el alegado principio favor creditoris y (iii) la supuesta pérdida del carácter vinculante de la obligación en relación con el artículo 1256 C.c., cuestión de la que trataremos más abajo (nos remitimos a lo que entonces se dirá).

En cuanto a lo primero, es claro que el dolo es odioso, y que excluir la responsabilidad por dolo es contrario al orden público, lo que constituye una regla bien consolidada desde el Derecho Romano («*Illud non probabis, dolum non esse praestandum, si convenit; nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est, et ideo nec sequenda est*»²²⁶, D. 16.3.1.7), pasando por Partidas 5.11.29 (estos pactos de exclusión de responsabilidad por dolo podrían «dar carrera, a los omes de fazer mal: e non deuen ser guardados») y terminando en el artículo 1102 C.c.

De lo que se trata es de determinar si el pacto de limitación (no exclusión) de responsabilidad por culpa grave es también odioso en todo caso y contrario al orden público, igual que en el caso del dolo.

A mi juicio, es cualquier cosa menos evidente que resulte odioso establecer una cláusula de limitación de responsabilidad que resulte aplicable a todos los casos de incumplimiento culposo, incluyendo los supuestos de culpa grave. La lógica económica detrás de la cláusula es clara (previsibilidad de los potenciales daños y perjuicios máximos en ausencia de dolo), en muchos casos la limitación de la responsabilidad por culpa lata lejos de ser odiosa se erige en condición exigida por el deudor para la firma del contrato²²⁷ y —como se ha visto— el efecto económico de dicha cláusula entre empresas (dejando al margen los contratos con consumidores, que como se ha dicho no son objeto de estudio en este trabajo por tener reglas diferentes) es reducir el precio del contrato, pues a menores riesgos asumidos, menor precio: si se responde ilimitada-

²²⁶ «Si se pactase que no se ha de prestar el dolo, no valdrá el pacto; porque es contra la buena fe, y contra las buenas costumbres; y por esto no se ha de observar».

²²⁷ En este sentido, ha sido ya mencionada la opinión de DOS SANTOS MARTINS, L., «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, p. 2, para quien «la dificultad en predecir las potenciales responsabilidades en caso de incumplimiento inhibiría la innovación y el desarrollo de la actividad económica».

mente en caso de culpa grave, el precio del contrato será mayor. El efecto perverso de incitar al incumplimiento voluntario («fazer mal») que las Partidas temían no se produce porque el incumplimiento es por definición no doloso. En algunos casos, la limitación de la responsabilidad por culpa grave resulta indispensable para algo tan legítimo y socialmente admitido como firmar un contrato de seguro de manifestaciones y garantías²²⁸, un seguro de responsabilidad civil por culpa (incluyendo la grave) o la venta de un activo de inversión por parte de un fondo de capital riesgo que debe liquidarse en su totalidad tras la operación. El propio Jordano Fraga²²⁹ decía que era indisociable la licitud del aseguramiento de la responsabilidad contractual por culpa grave de la licitud de la cláusula de limitación de responsabilidad por culpa grave: es así que la jurisprudencia (en su interpretación del artículo 19 LCS más arriba estudiada) y la doctrina²³⁰ acepta unánimemente –como se ha visto– el aseguramiento de la responsabilidad contractual por culpa grave, y por tanto por coherencia no debería considerarse contraria al orden público la limitación de esta responsabilidad. Además, en ausencia de una definición precisa de culpa grave es totalmente aconsejable con criterios de prudencia no asociar a ella una consecuencia tan drástica como la responsabilidad ilimitada: entre otras razones, porque ello produciría una exagerada litigiosidad (si basta con alegar el carácter grave de la culpa para evitar aplicar la cláusula de limitación de responsabilidad, los acreedores tendrán una marcada tendencia a encontrar culpa grave en la conducta del deudor). Por todo ello, a mi entender difícilmente puede considerarse odiosa y contraria al orden público la cláusula de limitación de responsabilidad para el caso de *culpa lata*.

Pero además concurre otro argumento: si fuera contrario al orden público limitar la responsabilidad por culpa grave, entonces

²²⁸ En este sentido, SALELLES (*op. cit.*, p. 277) afirma que «en relación con los límites convencionales de responsabilidad nada ha de impedir que pueda asegurarse la culpa, cualquiera que sea su intensidad (art. 19 LCS)».

²²⁹ JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 336, nota 12, citado anteriormente: «la no asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata es una consecuencia necesaria de su equiparación con el dolo a los efectos de la no derogabilidad o limitación de la responsabilidad de ellos derivada».

²³⁰ En este sentido, vid. por todos OLIVENCIA RUIZ, «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, pp. 899 a 901. También SALELLES, J. R., *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007, p. 277. Véanse también las citas de Carrasco y Sánchez-Calero más arriba, en el estudio del artículo 19 LCS.

En contra, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 335, nota 12, para quien «no es la cuestión del seguro la que condiciona el límite de la responsabilidad, sino viceversa». A mi juicio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente acepta la asegurabilidad de la responsabilidad por culpa lata, esto es un argumento *a sensu contrario* a favor de la no equiparación entre dolo y *culpa lata* en las cláusulas de limitación de responsabilidad.

también debería ser contrario al orden público pactar un canon de diligencia demasiado laxo, y es evidente que no lo es. Las partes son libres para pactar el canon de diligencia que deseen²³¹, siempre que la obligación no pierda por completo su fuerza vinculante (sobre eso volveremos más adelante). Al no haber un canon mínimo de diligencia en las relaciones empresariales que sea de orden público, y al no estar definida la culpa grave sino por referencia a ese canon de diligencia que las partes libremente pueden establecer²³², a las partes les bastaría con pactar el canon más laxo para convertir en culpa leve u ordinaria lo que de otro modo sería culpa grave o lata. Pues la *culpa lata* no es el mero incumplimiento del canon de diligencia pactado, sino una «*deviatio incircumspecta*» (como decía Bártolo) de dicho canon. Habiendo libertad para fijar el canon de diligencia pactado, ha de haberlo también para establecer los efectos de la *culpa lata* por referencia a ese canon.

En definitiva, una prestación empresarial que con arreglo a un contrato cumpliría con el canon de diligencia pactado, con arreglo a otro podría constituir un caso de *culpa lata*. Un margen de error o un tiempo de respuesta que sería inaceptable (y constituiría *culpa lata*) en un contrato de ingeniería espacial podría no constituir ni tan siquiera incumplimiento en un contrato de mantenimiento de una vivienda. Siendo el concepto de culpa (y por tanto también el de *culpa lata*) relativo, como lo es el de diligencia pactada por referencia al cual se define, y estando su determinación dentro del poder de disposición de las partes, no puede considerarse contrario al orden público un pacto asociado al carácter grave, y no ordinario, de la culpa en un contrato en particular.

En último término, como insinúa Salelles²³³ y afirma Carrasco²³⁴, se trata de una cuestión de precio (a cambio de un diferente reparto de riesgos del contrato)²³⁵ y no por tanto de orden público desde esta perspectiva. El canon de diligencia pactado tiene muchas veces estrecha correlación con la causa del negocio jurídico: como decía la vieja doctrina de la «*utilitas contrahentium*» que Pothier

²³¹ Así, García Goyena, que, como hemos visto, en el Comentario al artículo 1105 del Proyecto hace suya la afirmación del Discurso 59 Frances donde se dice que lo relevante es «si la obligación del deudor es más o menos estricta, cuál es el interés de las partes, cuál ha sido su intención, al obligarse, cuáles son las circunstancias».

²³² Véase la cita anterior de Manresa, *op. cit.*, p. 88.

²³³ Al hablar de la exigencia de conmutatividad de las prestaciones, SALELLES, *op. cit.*, p. 285.

²³⁴ CARRASCO PERERA, A., «Artículo 1102 C.c.», en ALBALADEJO, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. Edersa, 1989, pp. 472 y 473.

²³⁵ Sobre el contrato como asunción remunerada de riesgos, véase PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019 a 1091, en especial p. 1028.

hizo suya, en un negocio gratuito, celebrado en exclusivo interés del acreedor, el grado de diligencia exigible no ha de ser necesariamente el mismo que en un negocio celebrado en exclusivo interés del deudor y en el que dicho deudor se presenta como experto y percibe un precio considerable. Habiéndose ya superado la tripartición de culpas, y aceptándose que el canon de diligencia dependerá de lo que pacten las partes en cada caso, sigue siendo posible argumentar que esta cuestión no es de orden público, sino que entra dentro del poder de disposición de las partes. Si es cuestión de precio –y lo es–, entonces no es de orden público.

En un caso análogo, resulta posible en un contrato de compraventa excluir toda responsabilidad por evicción²³⁶, con o sin culpa grave, y con el consiguiente impacto en el precio.

Puede, sin embargo, resultar odioso y contrario al orden público un pacto de limitación de responsabilidad para el caso de culpa grave (pero también para el caso de culpa ordinaria) por razones diferentes de las aquí consideradas: por ejemplo, por tratarse de «obligaciones que atienen a la salvaguardia de la integridad física o moral del acreedor o a cualquier otro derecho fundamental suyo», como acertadamente dice Jordano Fraga²³⁷ y afirma también Yzquierdo²³⁸. O, en el mismo sentido, en aquellos casos en los que la obligación de indemnizar nace al margen del contrato, y no puede ser contractualmente limitada, como por ejemplo la obligación del responsable o encargado del tratamiento de indemnizar el daño sufrido por el interesado a consecuencia de un mal uso de sus datos de carácter personal²³⁹, o la obligación legal del auditor de indemnizar a la sociedad auditada por el incumplimiento de las obligaciones de aquél²⁴⁰. Pero estas cuestiones son ajenas al objeto de este trabajo.

Una segunda aproximación, también desde el punto de vista del orden público, considera contrarias al orden público las cláusulas limitativas de la responsabilidad, con independencia de su

²³⁶ Vid. BLANQUER UBEROS, R., «Notas sobre un caso de supresión o exoneración de obligaciones legales de un contratante», en *ADC*, 1983, pp. 1169-1180.

²³⁷ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, p. 570.

²³⁸ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, p. 348.

²³⁹ Sobre esta materia, véase SALAMI, EMMANUEL, «Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses under the GDPR» (August 30, 2018). *Computer and Telecommunications Law Review (CTLR)*, Volumen 24, Publicación 8, página 175-180, 2018, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3614362> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3614362>.

²⁴⁰ Véase el artículo 11.2 del Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, que dispone que en el contrato de auditoría no podrán pactarse las cláusulas «que tuvieran por objeto limitar la responsabilidad del auditor por los daños o perjuicios que el incumplimiento de sus obligaciones pudiera causar».

efecto sobre la economía general del negocio: así, Jordano Fraga, que identifica este orden público con la «exigencia de la tutela del crédito», «el interés del ordenamiento» en «la seguridad y certeza del tráfico», y en la necesidad de procurar que «el porcentaje de cumplimientos se eleve y con él «el intercambio y la producción, la riqueza social en definitiva»²⁴¹. Jordano Fraga se inspira sin duda en el ordenamiento italiano, presidido por el principio de *favor creditoris*²⁴² y en el cual se establece expresamente –como se ha visto– la nulidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por culpa grave en el artículo 1229.1 del Codice Civile. En España, a mi entender esta cuestión no puede solucionarse ni con el viejo principio de *favor debitoris* ni con el principio de *favor creditoris* (que, en nuestro ordenamiento, tan solo inspira la legislación en materia de lucha contra la morosidad). Pese a su brillantez, no resulta convincente el argumento de Jordano Fraga en el ordenamiento español, ni se explica por qué el interés de la colectividad a la seguridad y certeza del tráfico quedan mejor servidos eliminando las limitaciones a la responsabilidad contractual por culpa grave que aceptándolas y convirtiéndolas en asegurables (pues –como el propio Jordano Fraga reconoce– el corolario de su tesis es que la responsabilidad por culpa grave sería inasegurable).

Jordano Fraga se inspira en parte en García Amigo, que –sin adentrarse en cuestiones relativas a la tutela del crédito– había afirmado anteriormente que «tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materias de orden público contractual»²⁴³ bajo la óptica del artículo 1255 C.c. Pero el concepto de orden público en el artículo 1255 C.c. no puede depender de razones tan inciertas, no compartidas como se ha visto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El otro posible punto de vista relativo al orden público, que sería una tercera aproximación, hace referencia al carácter vinculante de la obligación desde el punto de vista del artículo 1256 C.c., cuando no se trata ya de cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual (que es el tema al que se ciñe este trabajo), sino de cláusulas de exoneración completa de la responsabilidad por culpa grave.

²⁴¹ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987, p. 374.

²⁴² Vid. GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1, p. 50 y concordantes.

²⁴³ GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 147.

Parte de la doctrina²⁴⁴ considera que una completa exoneración de la responsabilidad por culpa grave vulneraría el artículo 1.256 C.c., al dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno solo de los contratantes. Tres Sentencias del Tribunal Supremo, de las cuales solo una es relevante, relativas a pactos que exoneran totalmente la responsabilidad por culpa grave podrían respaldar esta tesis²⁴⁵.

Otra parte, en cambio, con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2016, de 15 de junio²⁴⁶, ponente Pantaleón, considera que el artículo 1256 C.c. solo se aplica «salvo que otra cosa se

²⁴⁴ Cabría encontrar un fundamento para esta opinión en Díez-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II-I, 11.ª ed., 2016, p. 208: «de ahí que las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa deban estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado», como hemos comentado anteriormente.

En el mismo sentido cabría citar a Ferrán BADOSA COLL, que entiende en este sentido el artículo 1102 C.c.: «solo puede hablarse de deuda si hay una persona vinculada al cumplimiento y solo puede hablarse de vinculación jurídica si la actividad de que se trata no se halla a su arbitrio o discreción» (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987, p. 719). De ahí la relación entre el artículo 1102 C.c. y otros artículos como el 1.115 C.c. o el 1.256 C.c.: el deudor no ha de ser libre de cumplir o no cumplir su obligación, y por ello el incumplimiento doloso ha de dar lugar a una plena indemnización, ya que –con palabras de Badosa– «el deudor lo es no porque “deba” cumplir sino porque es el “responsable” en caso de infracción obligacional» (Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, vol. II, art. 1.102, p. 38.).

Y, por último, cabe citar también a Santos Briz, que en principio acepta el pacto de exclusión de responsabilidad por culpa, pero –sin aludir expresamente a la culpa grave– menciona como límite el artículo 1256 C.c.: «la renuncia a exigir responsabilidades será ilícita cuando contravenga la moral o las buenas costumbres, es decir, cuando caiga fuera de la libertad de contratación según los límites marcados 1.255, 1.256 y 1.258 del CC». SANTOS BRIZ, J. «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, p. 105.

²⁴⁵ Se reproduce aquí la cita de las tres sentencias, mencionadas en una nota al pie anterior (en el capítulo relativo al análisis de la jurisprudencia). Ninguna de ellas cita en realidad el artículo 1256 C.c. Las dos primeras son del mismo ponente, Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La primera es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 2 de julio de 1992 (RJ 1992/6502), en un supuesto de resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos y asistencia, que fue incumplido dolosamente, dice que es inaplicable la renuncia a resolver el contrato porque no hubo tal renuncia y, a mayor abundamiento, porque «la cláusula de exoneración de responsabilidad tiene como límite el dolo y la culpa grave». Se trata de una afirmación *obiter dictum*. Como se ha dicho, las cláusulas de exoneración de responsabilidad caen fuera del ámbito de este trabajo.

La segunda es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990 (RJ 1990/4764), que en relación con la culpa en la ejecución de un contrato de remolque de buques (el buque remolcado se soltó y embarrancó) pone en boca de la Audiencia Provincial la afirmación de que la culpa grave equivale al dolo a los efectos de no aplicar una cláusula de exoneración de responsabilidad (no de limitación de la misma). Esta afirmación no es de la Sala, sino de la Audiencia Provincial.

Y la tercera es la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad de Bureau Veritas, por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes». Sobre ella se volverá más adelante, en sede de responsabilidad por actos de empleados o auxiliares.

En resumen, una está citando lo que dice la Audiencia Provincial, en otra la afirmación es *obiter dictum* y solo la tercera es relevante.

²⁴⁶ RJ 2016/3877, FJ 3.º

haya pactado válidamente (...) en el contrato mismo de que se trate» (como demuestra, en la Sentencia comentada, la licitud del pacto de desistimiento unilateral).

A mi juicio se trata de una cuestión más amplia, que se refiere a un problema diferente del que constituye objeto de este estudio y merecería un análisis posterior centrado en las cláusulas de exoneración completa de responsabilidad por culpa grave (supuesto, como se ha dicho al inicio de estas páginas, muy infrecuente en la práctica).

Cabe sin embargo adelantar que –al margen de la interpretación que prevalezca del artículo 1256 C.c.– incluso la completa exclusión de la responsabilidad contractual no significa necesariamente que el cumplimiento de la obligación quede a la entera voluntad de una de las partes: cabe exigir el cumplimiento en forma específica, y pueden pactarse multitud de otros mecanismos contractuales para incentivar o forzar al deudor a cumplir: como por ejemplo la resolución anticipada del contrato sin derecho a indemnización, la reducción de su plazo, la pérdida del derecho a la revisión de precios, la reducción del precio por no cumplir determinados objetivos o la aplicación de medidas adicionales de control. Una obligación no deja de ser vinculante porque se pacte que no se indemnizarán daños y perjuicios por encima de cierto importe, ni tampoco por excluir el lucro cesante, ni por considerar no indemnizables los daños y perjuicios que se reclamen pasado un plazo de prescripción convencional o al margen de determinado procedimiento acordado, o por excluir los daños posteriores al periodo de garantía (durante el cual la responsabilidad sería plena: es el supuesto examinado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1984 antes citada)²⁴⁷.

Por último, es oportuna una referencia a la necesaria crítica del activismo judicial. A mi juicio, en contratos entre empresas negociados individualmente no es al Juez a quien corresponde determinar si la cuantía pactada por las partes en relación con una cláusula limitativa de responsabilidad es suficiente o no, y corregir o inaplicar lo acordado entre las partes cuando a su juicio resulte demasiado exigua, por la misma razón por la que la revisión del precio de los contratos (sustituyéndolo por otro establecido por el Juez) al amparo de la cláusula *rebus sic stantibus* ha de ser excepcional en nuestro ordenamiento.

Por este motivo, me parece criticable lo expuesto en la aislada Sentencia 649/2016, de 3 de noviembre²⁴⁸, ponente Orduña

²⁴⁷ RJ\1984\1969, FJ 3.º, 4.º y 5.º

²⁴⁸ RJ 2016/5203, FJ 3.º, apartado 4.

Moreno, que sin tan siquiera hablar en momento alguno de culpa grave o lata considera que la Sala puede declarar inaplicable un límite del 8% del precio a la responsabilidad por incumplimiento en un contrato de mantenimiento por considerar dicho límite contrario no solo «al propósito negocial de las partes, interpretado sistemáticamente en la relación negocial llevada a cabo» (hasta aquí de acuerdo, si los hechos probados soportan esta interpretación en el caso de autos), «sino también a los elementales fundamentos de justicia conmutativa y de equilibrio contractual que caben establecer de las características y naturaleza del contrato celebrado». Este segundo inciso resulta desafortunado, y no ha sido reiterado en Sentencias posteriores.

La adecuación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento pactada a criterios de equidad basados en la «justicia conmutativa y de equilibrio contractual» no procede. La cuantía pactada por las partes depende de circunstancias que solo las partes están en circunstancias de valorar al amparo de su autonomía: el precio acordado (acaso más reducido por este motivo), el margen del negocio del deudor (que, si es pequeño, puede hacer eficaz una indemnización por limitada que ésta sea), la utilidad ya obtenida por el acreedor de prestaciones anteriores conforme al contrato, la existencia de mecanismos alternativos de tutela del crédito (como los citados más arriba) y los restantes pactos y circunstancias del contrato.

Los «elementales fundamentos de justicia conmutativa y de equilibrio contractual» no deben permitir al Juez, ni revisar el precio del contrato (salvo extraordinaria aplicación de la cláusula *rebus*), ni tampoco revisar los pactos de limitación de responsabilidad porque al Juez –que desconoce todo al respecto, incluso si el precio de los servicios pactados fue alto o bajo– parezcan demasiado reducidos.

La Sentencia anterior –reitero– no afirma la existencia de culpa grave ni se funda en el aforismo «*culpa lata dolo aequiparatur*». No obstante, ilustra bien los riesgos de sustituir la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia por el imprevisible arbitrio judicial.

La seguridad y la certeza del tráfico quedan mejor servidos permitiendo a las partes pactar la distribución de riesgos que consideren más adecuada a sus intereses a la luz del precio del contrato, y evitando imponer en todo caso una responsabilidad ilimitada que actúa en realidad como freno al intercambio y a la producción, y dificulta o imposibilita el aseguramiento del riesgo.

IX. EN ESPECIAL, LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR CULPA GRAVE DE LOS DEPENDIENTES O DE AUXILIARES (INDEPENDIENTES) EN EL CUMPLIMIENTO

Habiéndose alcanzado más arriba la conclusión de que cabe válidamente limitar la responsabilidad por culpa grave del propio deudor, procede con mayor razón afirmar igualmente la validez de la limitación cuando la culpa grave es de los dependientes del deudor o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento.

No se trata aquí de los actos de los administradores, factores notorios (art. 286 del Código de Comercio) o apoderados del deudor persona jurídica, que se imputan directamente a este (tales actos son del propio deudor, no de terceros), sino de los actos de otras personas, distintas del propio deudor, que están situadas dentro de la esfera de control de éste, y cuyo riesgo se atribuye legal o contractualmente al citado deudor.

Como se ha visto, incluso algunos autores (señaladamente, Yzquierdo²⁴⁹) que rechazan la posibilidad de limitar la responsabilidad por culpa grave con carácter general, la aceptan cuando se trata de culpa de dependientes del deudor o de auxiliares (independientes) en el cumplimiento, siempre que no se trate de bienes o derechos indisponibles (como la salud o la integridad física de los pacientes).

Yzquierdo cita el argumento de Jiménez Horwitz²⁵⁰ según el cual «el dolo del deudor no es disponible porque no es un riesgo (en cuanto infracción voluntaria y consciente del deudor); por el contrario, el dolo del auxiliar sí es un riesgo sobre el que podrá disponerse, bien exonerando al deudor de responsabilidad bien limitando el quantum indemnizatorio».

En definitiva, el argumento de que la limitación de la responsabilidad por dolo del deudor es contrario al orden público porque el incumplimiento voluntario del deudor reviste un carácter odioso que merece un especial reproche (como se dice en Partidas 5.11.29, podrían «dar carrera, a los omes de fazer mal») no se aplica a la culpa grave de los dependientes o auxiliares (independientes) en el cumplimiento, por mucho que dicha culpa grave constituya un riesgo que se impute al deudor. Es muy posible que un deudor dili-

²⁴⁹ YZQUIERDO, M., *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001, pp. 357 a 359.

²⁵⁰ JIMÉNEZ HORWITZ, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996, p. 250.

gente (incluso sin culpa *in eligendo* o *in vigilando*) tenga colaboradores que hayan sido gravemente negligentes.

No sería contrario al orden público a mi juicio limitar la responsabilidad que nazca de la colaboración con determinado auxiliar independiente en el cumplimiento o del uso de los servicios de empleados²⁵¹: por ejemplo, el acreedor puede imponer válidamente al deudor el uso de un subcontratista de su confianza, o la participación de uno o varios empleados en la ejecución del contrato, y no sería razonable impedir al deudor limitar su responsabilidad por el riesgo asumido. Si no es contrario al orden público decidir –e incluso acordar– colaborar o no colaborar con un subcontratista o con empleados, y no lo es, tampoco debería serlo pactar con el acreedor la responsabilidad que de esta colaboración resulte. Quien puede lo más, puede también lo menos: si el acreedor y el deudor pueden válidamente pactar sobre esta colaboración, o excluirla, pueden hacerlo también sobre sus consecuencias.

X. LA CUESTIÓN EN LOS NUEVOS PROYECTOS DE DERECHO CIVIL

La equiparación entre la culpa grave y el dolo está ausente en muchos de los nuevos proyectos de Derecho civil, aunque no en todos.

Se han mencionado más arriba, a propósito del Derecho comparado, los tres proyectos en su día elaborados en Francia: Catalá (2004), Terré (2006) y Chancellerie (2008). Nos remitimos a lo expuesto anteriormente, para evitar reiteraciones innecesarias. Recordemos que en ninguno de ellos se excluía la validez o aplicación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad en caso de culpa grave (con la sola excepción del equivalente al art. 1107 C.c. español en los Proyectos Catalá y Terré, cuestión distinta de la ahora estudiada). En todos ellos se pone el acento en la causa del contrato y en el carácter esencial o no de la obligación respecto de

²⁵¹ Contra, en parte la Sentencia del Tribunal Supremo 278/2003, de 20 de marzo (RJ 2003/2794), que trata de una cláusula de completa exclusión de la responsabilidad (de Bureau Veritas), por «los errores, omisiones, faltas o negligencias que pudieran cometerse por el personal técnico, administrativo o sus agentes». Esta Sentencia aislada se refiere a la completa exclusión de la responsabilidad, no a su limitación.

La misma Sentencia da a entender que habría considerado la posibilidad de moderar la indemnización si ello resultara posible en casación (*quod non*): «sin que haya que plantearse el tema de su moderación, porque tal facultad de la instancia no es revisable en casación».

cuyo incumplimiento se pacta la limitación de responsabilidad, sin consideración alguna a la culpa sea cual fuere su gravedad.

Con posterioridad, como se ha expuesto más arriba, se produjo la reforma del Código Civil francés mediante Ordenanza núm. 2016-131, de 10 de febrero de 2016, y su posterior Ley de ratificación de 2018, que centra la discusión del problema ahora considerado no en la culpa (grave o no) sino en el principio según el cual «toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputará no escrita» (art. 1170 C.c.), en la línea de la jurisprudencia Chronopost y Faurencia II, como se ha expuesto anteriormente.

En Derecho español, el principal proyecto es la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, obra de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), cuya primera versión fue publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia en enero de 2009. Este proyecto prescinde de forma casi completa del concepto de culpa, que solo menciona en una ocasión, en relación con la sustitución del representante (art. 1279 C.c.) En particular, su artículo 1193 C.c. descarta la equiparación entre culpa grave y dolo en los pactos de limitación de la responsabilidad contractual en los siguientes términos:

«Artículo 1193. Modificación convencional de la responsabilidad.

1. Las partes, de acuerdo con la buena fe, podrán ampliar, reducir o suprimir la obligación de indemnizar daños.
2. Son nulas las exclusiones o limitaciones de la responsabilidad en caso de incumplimiento voluntario».

Al hablar de incumplimiento voluntario como único supuesto excluido, con el límite en todo caso de la buena fe, claramente está abandonando cualquier referencia a la culpa, sea ésta lata o no. La omisión de la culpa grave en el artículo 1102 C.c. ha dado lugar a suficientes controversias como para entender que esta omisión es inocua o debida a inatención del redactor.

Una segunda versión de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, también obra de la Comisión General de Codificación (Sección de Derecho Civil), ha sido publicada en agosto de 2023²⁵². Esta segunda versión mantiene la redacción propuesta para el nuevo artículo 1193 C.c.

²⁵² Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf> y comentario en <https://fernandezrozas.com/wp-content/uploads/2023/08/Propuesta-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-obligaciones-y-contratos.pdf>

En el ámbito europeo e internacional, existen distintas propuestas, todas las cuales abordan las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual y en general evitan hablar de culpa grave²⁵³: los Principios Unidroit 2016, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) y el Proyecto Marco Común de Referencia (DCFR).

Los Principios Unidroit 2016²⁵⁴ obra del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, en su artículo 7.1.6 no hablan expresamente de la inaplicación de la cláusula de responsabilidad contractual en caso de culpa grave, sino que utilizan el concepto de «manifiesta deslealtad»:

«Una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato».

No obstante, en los comentarios del propio Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado²⁵⁵ interpretan la expresión «*manifiestamente desleal*» en el sentido de incluir los casos de culpa grave (el ejemplo que se ofrece es el del contable que comete un error grave y da lugar a que la cuota del Impuesto sobre Sociedades se duplique). En cualquier caso, el acento se pone en la finalidad del contrato.

Por su parte, los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)²⁵⁶ elaborados por la Comisión presidida por el Prof. Lando abordan el problema en su artículo 8:109, que tampoco usa el concepto de culpa grave, sino el de buena fe:

«Artículo 8:109: Cláusulas de exclusión o de limitación de los medios de tutela.

Los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento pueden excluirse o limitarse, salvo que resultase contrario a la buena fe alegar dicha exclusión o limitación».

²⁵³ Vid. en Ruiz Sutil, C., «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 765 y ss.

²⁵⁴ Vid. en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

²⁵⁵ Páginas 256 a 259. Vid. en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

²⁵⁶ Vid. en <https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf>.

Por supuesto, como en el caso anterior puede haber solapamiento, y en algunos casos de incumplimiento contractual con culpa grave puede ser también contrario a la buena fe alegar la limitación de la responsabilidad. No obstante, el concepto de culpa grave no se utiliza.

En cuanto al Marco Común de Referencia para el Derecho privado europeo (DCFR)²⁵⁷, obra privada que no obstante según Morales Moreno y Corbacho puede ser usada para interpretar el Derecho español al amparo del artículo 3.1 C.c.²⁵⁸, solo utiliza la culpa grave (asimilada al dolo) para la limitación convencional de la responsabilidad por los daños causados a las personas (advírtase que en muchos ordenamientos una cláusula limitativa de responsabilidad similar sería contraria al orden público). En lo que respecta a los restantes daños y perjuicios, la responsabilidad puede limitarse convencionalmente con independencia de que se haya producido o no culpa grave, siempre que la cláusula no sea abusiva y que la invocación de la limitación no sea contraria a la buena fe y a la lealtad contractual («fair dealing»).

El concepto de culpa no se menciona siquiera (menos aún el de culpa grave) en la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea²⁵⁹.

En resumen, los conceptos de deslealtad manifiesta (Unidroit), buena fe (PECL y DCFR) y lealtad contractual han venido a erigirse en los criterios fundamentales en los nuevos proyectos internacionales y europeos de Derecho Civil para resolver este problema, desplazando así a los viejos conceptos de dolo o culpa grave (excepto, como hemos visto, en el DCFR en relación con la limitación o exclusión de los daños causados a las personas, en los que existen otras consideraciones de orden público).

²⁵⁷ https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf.

Véase MORALES, A. M., «Remedios frente al incumplimiento», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Carmen Jerez Delgado. Madrid, 2015.

Véase también EIDENMÜLLER, H. y otros, «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*. 2009, fasc. IV.

Sobre su oportunidad y retos vid. <https://www.europarl.europa.eu/document/actividades/cont/201004/20100430ATT73925/20100430ATT73925EN.pdf>

²⁵⁸ Corbacho cita a Morales cuando éste sostiene que el DCFR «plasma unos principios que encuentran su justificación en una racionalidad compartida por las legislaciones modernas, en el lenguaje de nuestro legislador del siglo XIX, en lo que hoy puede denominarse los principios del nuevo derecho de contratos». Vid. en CORBACHO GÓMEZ, «De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022.

²⁵⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TEXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635>.

XI. CONCLUSIÓN

No cabe equiparar el dolo (incluyendo en el mismo el dolo eventual) y la culpa grave en lo que respecta a la validez y aplicabilidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Esta equiparación, a los efectos ahora estudiados, no puede extraerse del Derecho histórico, que en su práctica totalidad (excepción hecha de una Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 que no tuvo continuidad posterior) solo consideraba «irredimible» la responsabilidad por dolo, y menos aún del proceso codificador, que abandona por completo la tripartición de culpas. En particular, tanto la interpretación literal del artículo 1102 C.c. como su relación con otros preceptos del mismo Código, como la interpretación que dio a este artículo la doctrina inmediatamente posterior a la codificación (Manresa) apuntan a que no resultaba contraria al mismo la limitación de la responsabilidad por *culpa lata*.

La mayor dificultad probatoria del dolo no justifica considerar contraria al orden público la limitación de la responsabilidad por culpa grave, pues la dificultad probatoria ha de afrontarse con las reglas procesales sobre carga de la prueba (incluyendo la jurisprudencia sobre facilidad, disponibilidad de la prueba, proximidad a la fuente y lealtad procesal, como recuerda Martínez Sanz) y prueba por presunciones. Y, por otro lado, resulta aún más difícil determinar de antemano la diferencia entre culpa ordinaria y culpa grave, dada la inexistencia de una definición legal de culpa grave y la libre disposición de las partes para definir el canon de diligencia normal aplicable al contrato por referencia al cual el más laxo canon de diligencia de la culpa grave habrá de establecerse.

No hay argumentos para considerar contrario al orden público económico el pacto de limitación de responsabilidad por culpa grave. Estos pactos, muy habituales en la práctica, cumplen una función económica atendible, especialmente en contratos en los que hay un seguro de manifestaciones y garantías (la responsabilidad por culpa grave es asegurable), y en los contratos de venta de activos por fondos de capital riesgo. Como sostiene Jordano Fraga, si la responsabilidad por culpa grave no fuera convencionalmente limitable –por ser contrario al orden público– el seguro de responsabilidad contractual por culpa grave no sería posible: pero, en cambio, este seguro es casi universalmente admitido (con la excepción del propio Jordano Fraga) por doctrina y jurisprudencia.

No hay a mi juicio un orden público económico que obligue a responder por *culpa lata* sin posible limitación, para fomentar el cumplimiento de las obligaciones. Por el contrario, la regla de la

responsabilidad ilimitada por *culpa lata* fomentaría una indeseable litigiosidad (dada la ambigüedad y la relatividad del concepto de «*culpa lata*» y las muy lucrativas –para el acreedor– consecuencias que se asociarían a su concurrencia) y desincentivaría el tráfico económico (pues muchos contratos no se firmarían, al no ser previsibles sus consecuencias).

El carácter malicioso del dolo (que incita a «fazer mal») por definición no concurre en la *culpa lata*, que se distingue del dolo eventual por su carácter involuntario. Incluso partidarios de la prohibición de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por *culpa lata*, como Yzquierdo, las aceptan cuando se trata de *culpa lata* de los dependientes y auxiliares (subcontratistas), lo que constituye la práctica totalidad de los casos en el tráfico empresarial. Dado que está dentro del poder de disposición de las partes pactar sobre la participación (o no) de dependientes o auxiliares (subcontratistas) en la ejecución del contrato, y sobre el riesgo asociado a dicha participación, también ha de estarlo pactar sobre la responsabilidad por la eventual culpa grave de éstos.

A mi entender, es cualquier cosa menos evidente que resulte odioso establecer una cláusula de limitación de responsabilidad aplicable a todos los casos de incumplimiento culposo, incluyendo los supuestos de culpa grave. Por el contrario, esta cláusula es totalmente aconsejable en contratos entre empresas.

Limitar o no la responsabilidad por *culpa lata*, en la mayoría de las ocasiones, es cuestión de precio y de reparto de riesgos del contrato entre ambas partes. Las partes son libres de pactar el canon de diligencia que deseen (no hay un canon mínimo obligatorio), y el precio correspondiente. Si fuera contrario al orden público limitar la responsabilidad por culpa grave, entonces también debería ser contrario al orden público pactar un canon de diligencia demasiado laxo. Pero si no hay un canon de diligencia mínimo, tampoco una obligación de responder sin limitación por su incumplimiento. Cuando es cuestión de precio, no lo es de orden público.

Como se sostiene en el cuerpo de este trabajo, la seguridad y la certeza del tráfico quedan mejor servidos permitiendo a las partes pactar la distribución de riesgos que consideren más adecuada a sus intereses a la luz del precio del contrato. Por supuesto, se excluyen los contratos con consumidores, que quedan fuera del ámbito de este estudio.

Los conceptos de deslealtad manifiesta (Unidroit), buena fe (PECL y DCFR) y lealtad contractual han venido a erigirse en los criterios fundamentales para resolver este problema en los nuevos proyectos internacionales y europeos de Derecho Civil, despla-

zando (con la única excepción del supuesto de daños causados a las personas en el DCFR) a las viejas menciones al dolo o a la culpa grave.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2008.
- ALFARO ÁGUILA REAL, Jesús: «La ordenación de las reglas de los artículos 1102, 1115 y 1256 del Código Civil según Pantaleón», en *Almacén de Derecho*, 17 de junio de 2023.
- ALONSO SOTO, Ricardo: *El seguro de la culpa*, 1977.
- ALPA, Guido: «Réflexions sur le projet de réforme du droit des contrats », *Révue internationale du droit comparé*, 2015, 67-4, pp. 877-899.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: *Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil*, Comares, 1998.
- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «El comportamiento subjetivo del porteador como causa para la pérdida de los beneficios de responsabilidad», en *Revista del Derecho del Transporte*, núm. 6 (2010). 283-302.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel: en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 8073 y 8079.
- ATARD Y GONZÁLEZ, Rafael: *El dolo en el derecho civil*, Ed. El Adelantado de Segovia, 1925.
- BADOSA COLL, Ferrán: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, 1987.
- *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, arts. 1.102 y 1.103, pp. 36 a 40.
- BANFI DEL RÍO, Cristián: «La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile». *Revista Chilena de Derecho*. vol. 27 núm. 2. Sección Estudios, pp. 291-330 (2000).
- BAKOUCHE, David: «Appréciation de la faute lourde susceptible de tenir en échec l'application d'un plafond légal de réparation», disponible en <https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/3209364-jurisprudence-appreciation-de-la-faute-lourde-susceptible-de-tenir-en-echec-l-application-d-un-plaf>.
- BERMEJO CASTRILLO, Manuel Ángel: «La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación», en *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*, 2015, pp. 13-215.
- BLANQUER ÜBEROS, Roberto: «Notas sobre un caso de supresión o exoneración de obligaciones legales de un contratante», en *ADC*, 1983, pp. 1169-1180.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Artículo 1102 C.c.», en Albaladejo, M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1. EDERSA, 1989, pp. 444-475.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, 1986, vol. 3.
- CIAN, Giorgio: «Lata culpa dolo aequiparatur», *Riv. Dir. Civ.*, 1963, pp. 148-178

- COOKE, John y OUGHTON, David, *Common Law of Obligations*, 2nd Ed., Butterworths 1993.
- CORBACHO GÓMEZ, José Antonio: «De la gratuidad a la onerosidad en los contratos de servicios regulados por el Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, pp. 189-207.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso: *El dolo en el derecho civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955.
- CHRISTOU, Richard: *Drafting commercial agreements*, 6th Ed., Thomson Reuters.
- DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo: *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. II, artículo 1107, pp. 53-62.
- DÍAZ-PITA, María del Mar: *El dolo eventual*. Tirant Lo Blanch, 1994.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, 1993.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II. 6.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 9.^a ed., 2001.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, EUNSA, 1989.
- DOS SANTOS MARTINS, Luis, «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, pp. 1 a 22.
- EIDENMÜLLER, Horst y otros: «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)», en *ADC*. 2009, fasc. IV, pp. 1461-1522.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, *Le droit des contrats*, 2023.
- GALGANO, Francesco: *Diritto Civile e Commerciale*, 1990. vol. 2, tomo 1.
- GARCÍA AMIGO, Manuel: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid, 1965.
- GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús:, *Derecho Privado Romano*, 1991.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, 1.^a ed. 1852, reimpresión 1974.
- GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*. Bosch, tomo II.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», *RDM* 150, 1978, pp. 477-560.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, 1.^a ed., Libro IV (Obligaciones).
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita: *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, 1996.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*. Civitas, 1987. — «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», *RDM*, 1984, pp. 603-710.
- LACHIÈZE, Christophe: *Droit des contrats*, Ed. Ellipses, 2020.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, 2.^a ed., 1985, p. 239.
- LONGO, Carlo: *Corso di diritto romano*, Il deposito, Milán, Giuffrè, 1933.
- LOUIS, Henock; PEARSON, Thomas; ROBINSON, Dahlia, ROBINSON, Michael y SUN, Amy: «The Effects of the Extant Clauses Limiting Auditor Lia-

- bility on Audit Fees and Overall Reporting Quality (August 10, 2018)». *Journal of Empirical Legal Studies*. Véase <https://ssrn.com/abstract=2553562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2553562>.
- MARÍN GARCÍA, Ignacio: *La liquidación anticipada del daño. Análisis económico de la cláusula penal*. Ed. BOE, 2017.
- MARTÍNEZ SANZ, Fernando: *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–* Granada, 2002.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon y TUNC, André: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad*, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1962. Véase la versión francesa en Mazeaud, H. y L. y Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1960, vol. 3.
- MEDIO, Alfredo de, «Studi sulla culpa lata in diritto romano», *Bulletino dell'Istituto di diritto romano*, año XVII, 1905 (pp. 5-34) y año XVIII 1906 (pp. 260-308).
- MONTES PENADÉS, Vicente Luis: «La responsabilidad por incumplimiento», en Valpuesta Fernández; M. R. (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, 1994.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pp. 585-686.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa». *Anuario de derecho civil*, vol. 35, núm. 3, 1982, pp. 591-684.
- «Remedios frente al incumplimiento», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Carmen Jerez Delgado. Madrid, 2015.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel y BLANCO MARTÍNEZ, Emilio: *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022.
- NEME VILLARREAL, Martha, «Culpa lata dolo aequiparatur», en *Sistema del ius romanum, Sistema jurídico romanista y Subsistema Jurídico Latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, Universidad Externado, Bogotá, pp. 1-28.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «El Derecho comparado como instrumento para la unificación y armonización internacional del Derecho de contratos», en *ADC* tomo LXXIV, 2021, fasc. IV (octubre-diciembre), pp. 1099-1260.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel: «Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro», en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid 1982.
- PANTALEÓN, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991, pp. 1019-1091.
- PÉRÈS, Cécile, «Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats», en *Libres propos sur la réforme du droit des contrats*, Lexis-Nexis, 2016, pp. 13 a 19.
- POSNER, Richard: *El análisis económico del Derecho*, 2002.
- POTHIER, Robert Joseph: *Traité des obligations*, 1764. Vid. tanto el texto original como su reimpresión en 2023 por Ed. Dalloz.
- QUIÑONERO CERVANTES, Enrique: «El dolo omisivo», *RDP*, 1979, pp. 345-357.

- REDONDO TRIGO, Francisco: «Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784, pp. 1336-1353.
- ROCA TRÍAS, Encarnación: *El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos*, en Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2132, junio de 2011, pp. 1-26.
- RUIZ SUTIL, Carmen: «El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVIII, núm. 143, mayo-agosto 2015, pp. 763-798.
- SALELLES CLIMENT, José Ramón: *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*. Bolonia, 2007.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael: «Comentario al artículo 1102 C.c.», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4.ª ed. 2013, pp. 1486-1519.. SAVAUX, ERIC: «El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos», en ADC, tomo LXIX, 2016, fasc. III, pp. 715-741.
- SALAMI, Emmanuel: Examining the Legality of Limitation of Liability Clauses under the GDPR (August 30, 2018). Computer and Telecommunications Law Review (CTLR), Volumen 24, Publicación 8, páginas 175-180, 2018, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3614362> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3614362>.
- SÁNCHEZ CALERO: *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, I.
- SÁNCHEZ-GAMBORINO, F: *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Ed. ICG Marge, 2017.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Artículo 1102 del Código Civil», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, 2000, tomo 6, pp. 103-108.
- DOS SANTOS MARTINS, Luis: «Exclusión y limitación de responsabilidad contractual: especial referencia a los contratos de tecnologías de la información», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 30/2012, BIB 2012/3249, pp. 46-68.
- TORRE DE SILVA LÓPEZ DE LETONA, Javier: *La presunzione di colpa nella responsabilità contrattuale*, Bolonia, 1992, 2023.
- TORRES GARCÍA, Teodora: «La moderación de la responsabilidad procedente de negligencia. El artículo 1103 del Código Civil», en MORALES MORENO, A. M. y BLANCO MARTÍNEZ, E., *Estudios de Derecho de Contratos*, 2022, pp. 1281-1306.
- TREITEL, G. H., *The Law of Contract*, Ed. Sweet & Maxwell, 1999.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, XV, 2005, pp. 25 ss. Véase también en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, pp. 33-80.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid, 2001.