

EL ASUNTO CHRONOPOST: CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SERVICIO DE TRANSPORTE. ANÁLISIS COMPARATIVO DE DERECHO ESPAÑOL Y FRANCÉS

María Rosa Llácer Matacás

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona.

RESUMEN:

En Francia, el régimen de la limitación de responsabilidad por incumplimiento del contrato de transporte se estructura alrededor de la jurisprudencia sentada en torno a los casos “*Chronopost*“, una empresa de transporte urgente implicada en diversos pleitos en reclamación de los daños y perjuicios derivados del retraso en la entrega, sometidos a una cláusula de limitación. Dicha jurisprudencia tiende a admitir la nulidad de las cláusulas que contradicen la obligación esencial (entrega tempestiva) pero es muy restrictiva en la apreciación de la culpa lata, que descarta la limitación en los contratos-tipo que suelen aplicarse al sector. La realidad española ofrece una segmentación menos marcada, sin perjuicio de una vía tuitiva en el contexto de las relaciones de consumo.

Palabras clave: Contrato de transporte – contrato-tipo – incumplimiento – cláusulas limitativas de responsabilidad – obligación esencial del contrato – negligencia – dolo – culpa lata – causa de la obligación.

ABSTRACT:

In France, the case law builds the limitation of liability in transport contracts around “*Chronopost*“ cases. *Chronopost* is an express transport company involved in different claims for damages, limited by a contractual clause. Precedents accept the nullity of those clauses, in contradiction with a contractual essential duty, but they don't appreciate easily the “culpa lata“ to remove their enforcement. In Spain there isn't a so strong distinction, but we can also appreciate a different regulation in consumer law.

Key words: Contract freight – standard contract – breach of contract – liability limitation clauses – contractual essential duty – negligence – deceit – culpa lata – cause of obligation.

El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de Derecho español y francés *

Sumario: 1. La “doctrina *Chronopost*”: sus manifestaciones y fundamentos jurídicos. 2. La validez de las cláusulas limitativas convencionales en el servicio de transporte. 2.1. Aproximación a las cuestiones debatidas desde el derecho español. 2.2. El quebranto causal sostenido por las sentencias *Chronopost* en el ámbito de la contratación autónoma del servicio de transporte. 2.3. Cumplimiento tempestivo y diligencia: contravención al tenor de la obligación y responsabilidad. 3. La negligencia grave del transportista. 3.1. La valoración jurisprudencial de la culpa lata. 3.2. La carga de la prueba. 4. El análisis desde la perspectiva del derecho del consumo

1. LA “DOCTRINA CHRONOPOST”: SUS MANIFESTACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

El análisis de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual, aplicadas al contrato de transporte, se ha planteado en Francia en torno a la *saga Chronopost*, expresión que permite designar una serie de resoluciones judiciales de la Corte de Casación que resuelven demandas de diversos clientes contra la empresa de transporte urgente *Chronopost*. El clausulado de los contratos de transporte de esta compañía contenía una cláusula limitativa de la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de entrega, en particular, de la entrega fuera de plazo, sin perjuicio de la posibilidad de contratar un seguro de transporte, celebrado por cuenta del expedidor, que permitiría recuperar la totalidad de los perjuicios.

De acuerdo con las reglas generales, sólo puede alegar la cláusula limitativa el transportista de buena fe, no así el deudor doloso o, en aplicación del principio *culpa lata dolo aequiparatur*, el que incurre en culpa grave. Asimismo, tratándose de un contrato sometido a condiciones no negociadas individualmente, cabe apreciar su contenido contradictorio con el objeto esencial del contrato. Desde la perspectiva de una relación de consumo, la cuestión puede plantearse en términos de abusividad, pero entre profesionales los principios generales deben proporcionar criterios para admitir la inclusión o la operatividad de la cláusula limitativa¹.

A partir de la sentencia de 22 de octubre de 1996 de la *Chambre Commerciale de la Cour de Cassation*, la jurisprudencia francesa aplica dos regímenes distintos a la limitación de responsabilidad, en función de si se trata de contratos libremente pactados (es el caso de los comisionistas de transporte) o de contratos-tipo aprobados por una disposición reglamentaria (caso de los transportistas; cfr art. 8.2 de la ley núm. 82/1153,

* Este trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto “*El consumidor y el cliente de servicios: su protección y la responsabilidad del prestador*”, concedido por el Ministerio de Educación y Ciencia (SEJ 2006-10554/JURI).

¹ Véase Bertrand FAGES (“Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, Com. 13 fév. 2007”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2007, pág. 567) quien pone de manifiesto esta dualidad: “à l’origine la jurisprudence Chronopost a été conçue pour lutter contre des stipulations non négociées, incluses dans des contrats de masse, et directement contraires à une promesse publicitaire”. Pero se pregunta si “est-il bien cohérent que, de fil en aiguille, cette jurisprudence gagne l’ensemble des contrats d’affaires”.

de 30 de diciembre de 1982 y art. 1 y 15 del Decreto de 4 de mayo de 1988). Sólo las primeras pueden analizarse en clave de validez y tenerse por no puestas, mientras que las segundas deben considerarse desde la perspectiva de su aplicación al transportista dolo- o extremadamente negligente. La sentencia de 22 de octubre de 1996 tuvo por no escrita una cláusula limitativa de responsabilidad inserida en un contrato libremente pactado y sitúa el vértice de su decisión en la ausencia de causa de la obligación. Considera que la cláusula que permite infringir la obligación esencial del contrato de forma *quasi* indemne contradice la obligación esencial del transportista consistente en ofrecer un servicio de transporte rápido y fiable, en definitiva, una obligación de entrega tempestiva. La utilización del art. 1131 del Code civil, que determina la ineficacia del contrato derivada de la ausencia de causa de la obligación y que apela a la estructura contractual nos merecerá algún comentario. Pero, en definitiva, la Corte de Casación casa la sentencia que admitía la validez de la cláusula en la que *Chronopost* se amparaba para rechazar la indemnización de todos los daños derivados del retraso en una entrega².

No obstante, sentada la invalidez de dicha cláusula, la jurisprudencia recuperó la noción de límite legal presente en las cláusulas supletoriamente aplicables en virtud de los contratos-tipo, a menos que las partes las hubieran excluido. De este modo, la culpa lata del transportista vuelve a aparecer como el criterio que permite eliminar el límite de responsabilidad³. La sentencia de 9 de julio de 2002 recupera la inaplicación de las cláusulas limitativas por causa subjetivas (dolo o culpa grave) y parte de los criterios indemnizatorios del contrato-tipo aprobado para el sector que limitaban la responsabilidad derivada de retraso al precio del transporte. Aunque la insistencia en la naturaleza de la obligación del transportista (rapidez, fiabilidad, entrega tempestiva), hubiera podido justificar un aumento de la diligencia exigible al transportista, la Corte de Casación mantiene una noción restrictiva de la culpa lata. A partir de ahí, se abren dos vías: la doctrina *Chronopost* de 1996 operará cuando no exista un límite legal de responsabilidad para atacar directamente la validez de la cláusula; en cambio, si existe un límite reglamentado sólo permite reclamar todos los daños al transportista que haya incurrido en culpa lata (*faute lourde*).

Aunque la mencionada sentencia de 1996, abría una vía para objetivar la apreciación de la negligencia del transportista en el cumplimiento de una obligación, cualificada por su celeridad y profesionalidad⁴, dos sentencias de la *Chambre mixte*

2 Indica la Sentencia de 22 de octubre de 1996: “Attendu que, pour débouter la société Bancheureau de sa demande, l’arrêt retient que, si la société Chronopost n’a pas respecté son obligation de livrer les plis le lendemain du jour de l’expédition avant midi, elle n’a cependant pas commis une faute lourde exclusive de la limitation de responsabilité du contrat. Attendu qu’en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s’était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu’en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l’engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d’appel a violé le texte susvisé”.

3 Patrice JOURDAIN resume así los hechos (“Clause limitative, obligation essentielle et faute lourde; encore Chronopost!”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2006, pág. 773): “la jurisprudence est venue anéantir les effets de cette solution en estimant que la nullité de la clause ne dispensait pas de l’application du plafond légal d’indemnisation prévu par le contrat-type de messagerie établi par décret (...) ainsi, la limitation contractuelle annulée était aussitôt remplacée par le plafonnement réglementaire de l’indemnisation”. Discute M. DE GOUTTES, la aplicación subsidiaria del contrato tipo al existir un contrato que incorporaba una cláusula limitativa, cuya validez debía analizarse: “Selon cette thèse, c’est donc la clause limitative de réparation figurant dans le contrat Chronopost, tel qu’il a été signé par les parties, qui a vocation à s’appliquer dans les relations entre les contractants et c’est cette clause dont il convient d’apprécier la validité”, *Avis de l’Avocat Général, Cour de Cassation*, http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/

4 Véase DE GOUTTES, loc. cit.: “Or, s’il y a obligation de résultat, il est admis que les conditions de preuve de la “faute” ne sont plus les mêmes: la faute n’a plus à être prouvée distinctement par le créancier

de la Cour de Cassation de 22 de abril de 2005⁵ profundizaron en la connotación subjetiva, al descartar que la culpa grave pudiera desprenderse del simple incumplimiento o retraso o de la falta de explicaciones del transportista sobre las causas del mismo. En este sentido, la Corte de Casación distingue entre el incumplimiento esencial de la obligación y la falta o negligencia grave “caractérisée par 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, peut mettre en échec la limitation d’indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret”. A partir de este momento, en los casos sometidos a un contrato tipo, la Corte de Casación exige al demandante que demuestre la negligencia grave del transportista y no considera determinante el mero hecho de que la empresa no pueda aportar explicaciones sobre las causas del retraso. La sentencia de 21 de febrero de 2006 volvió a descartar un nexo entre el mero incumplimiento esencial y la situación subjetiva del deudor⁶.

Pero durante el año 2006 se recuperó el análisis de la validez de las cláusulas de inclusión autónoma. La Sentencia de 30 de mayo de 2006 indicaba que la mera existencia del pacto de limitación de responsabilidad no era un argumento suficiente para desestimar la reclamación de todos los perjuicios, perseverando así en la valoración de la obligación esencial⁷. En particular, la sentencia de 5 de junio de 2007 (Soc. Thales vs Soc. Extand) casa la sentencia de apelación que se limitaba a valorar la culpa del transportista sin examinar previamente la validez de una cláusula susceptible de contradecir la obligación esencial del contrato, atentando directamente contra la noción de causa (art. 1131 Code civil)⁸.

comme pour l’obligation de moyen, mais elle peut être présumée du seul fait matériel de l’inexécution. Certes, pourra-t-on faire observer, la charge de la preuve est différente dans le cas de la “faute lourde”. Mais, dès lors que le fait de l’inexécution est patent et qu’il résulte d’un manquement à l’obligation essentielle du contrat et d’une négligence grave du débiteur, ne doit-on pas admettre que la preuve de la faute lourde est suffisamment constituée?”

5 Ch. mixte, 22 avril 2005: 02-18.326 -n° 231 P- y 03-14,112 -n° 232 P-.

6 La sentencia de 13 de junio de 2006 también remarcó que la negligencia grave debía valorarse en concreto, analizando el comportamiento del transportista, sin derivarla del mero incumplimiento de la obligación, aunque fuera esencial: “Attendu qu’en statuant ainsi, alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur, la cour d’appel a violé les textes susvisés.”

7 Arrêt núm. 227 de 13 de febrero de 2007, asunto Faurecia vs Oracle. Véase el comentario de Jérôme HUET: *Des difficultés soulevées par l’intégration de système informatique (à propos de l’arrêt rendu part la Cour de Cassation le 13 février 2007, dans l’affaire Faurecia c. Oracle)* http://www.cejem.com/article.php3?id_article=263: “La Cour d’appel, tout en jugeant qu’Oracle devait garantir son client de la condamnation prononcée contre lui au paiement des redevances réclamées par l’établissement de crédit, avait rejeté les autres demandes du client en retenant qu’il n’avait pas démontré la faute lourde justifiant d’écarter la clause limitative de responsabilité figurant au contrat. La décision, à cet égard, devait être cassée au visa de l’article 1131 du code civil : selon la Cour suprême, dès lors que le prestataire s’était engagé à livrer la version V 12 de son progiciel, qui devait être disponible à partir de septembre 1999, qu’il n’avait pas exécuté cette obligation précise, ni en 1999 ni plus tard, sans justifier d’un cas de force majeure, et qu’il n’avait jamais été convenu d’une autre solution que celle de la version V 12, il y avait eu un manquement à une obligation « essentielle » de nature à faire échec à l’application de la clause limitant la réparation”.

8 Véase Hubert GROUDEL: « Transport terrestre. Clause conventionnelle limitative d’indemnisation, Responsabilité civile et assurances », *Lexis Nexis JurisClasseur*, núm. 10-octubre 2007, pág. 24: “Dans la présente affaire, la cour d’appel avait appliqué, à une clause conventionnelle, la règle relative aux clauses réglementaires, et refusé de reconnaître l’existence d’une faute lourde. Dans ces conditions, la cassation était prévisible, la chambre commerciale prenant les soin de rappeler la distinction entre les deux catégories de clauses”.

2. LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS CONVENCIONALES EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE

2.1. Aproximación a las cuestiones debatidas desde el derecho español

El derecho español también conoce el clausulado-tipo comprensivo de cláusulas limitativas de la responsabilidad. El art. 23 LOTT, que recoge disposiciones comunes relativas al transporte terrestre entre el que se halla el transporte privado, señala que, a menos que se convengan cantidades o condiciones diferentes, la responsabilidad del transportista por los retrasos en la entrega de las mercancías no podrá exceder del precio del transporte. El art. 3 de su Reglamento (Real Decreto 1211/1990) precisa que las cláusulas limitativas no se aplican cuando el daño se produzca mediando dolo del transportista y carga con la prueba del pacto de límites o condiciones de responsabilidad diferentes a la parte que las alegue.

A falta de pactos particulares⁹, las partes pueden exigirse la ejecución del contrato de acuerdo con las condiciones generales que la Orden de 25 de abril de 1997 establezca para la contratación de los transportes de mercancías por carretera que, de acuerdo con su art. 3.1 tiene carácter supletorio. La cláusula 2.16 de las Condiciones generales (anexo A) fija la indemnización derivada de retraso en 450 pesetas (2,7 €/kg, sin perjuicio de la posibilidad de declarar y asegurar un interés o valor especial; asimismo, prevé que esta limitación no opere cuando el daño o retraso se haya producido medianamente dolo del porteador. En este contexto, cabe recordar que el derecho español no recoge la equiparación entre el dolo y la culpa lata, aunque la jurisprudencia sí suele utilizarla para valorar la procedencia de la limitación de responsabilidad.

El sistema de limitación de la responsabilidad conduce aparentemente a resultados exagerados, aunque intenta garantizar una cierta estabilidad sectorial¹⁰. En particular, la jurisprudencia justifica los pactos limitativos en la necesidad de controlar los riesgos potencialmente enormes que podrían comprometer aquel equilibrio y que recomiendan restringir la posición del cliente, orientándolo hacia una convención onerosa al respecto¹¹. En este punto, cabe valorar los requisitos de incorporación de las cláusulas

9 El art. 350.9 del Código de comercio concibe las cláusulas indemnizatorias como un contenido habitual del contrato de transporte y el art. 370 Cco impone la obligación de entregar las mercancías en el plazo establecido e indemnizar al acreedor de acuerdo con lo establecido en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa. Sólo en caso de que no hubiere indemnización pactada, y la tardanza excediere del tiempo prefijado en la carta de porte, queda responsable el transportista de todos los perjuicios derivados de la dilación.

10 Véase la SAP de Barcelona, de 18 de junio de 1999 (AC 1999\1200), 2º FD: “Dicho sistema, pese a que puede conducir a resultados aparentemente desproporcionados, no trata sino de garantizar la necesaria equivalencia entre las prestaciones de los contratantes y velar por el mantenimiento del carácter conmutativo que el contrato de transporte ha de gozar en todo momento. Por ello, el propio cargador, para evitar la reseñada limitación de responsabilidad, en caso de un eventual extravío puede, contra el pago de una sobreprima, declarar en la carta de porte, los efectos que constituyen el objeto del transporte y su respectivo valor”.

11 SERRA RODRÍGUEZ, A.: *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002, 2ª edición, pág. 108. Asimismo, la SJMER Valencia, nº 37/2005, 16 mayo (AC 2005\895) indica en su 4º FD: “El sistema de responsabilidad tasado que diseña el artículo 23 de la LOTT, como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de marzo de 1999 (AC 1999, 4550), implica «la asunción por el Derecho español de los criterios que en esta materia priman en el transporte internacional donde, a título de ejemplo, el artículo 23 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 (CMR) determina la necesidad de atribuir a cada kilogramo de peso transportado que falte, una limitada suma de dinero, a la hora de fijar el quantum indemnizatorio y sólo quiebra cuando exista prueba puntual y bastante de que la pérdida o daño padecido por las mercaderías transportadas acaeció debido a la conducta dolosa de la porteadora». El sistema puede parecer injusto, y contraria, no sólo

las limitativas no negociadas individualmente y el nivel de transparencia, claridad y concreción exigibles entre profesionales (art. 5 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación). La información sobre el significado de la limitación y de la existencia de un seguro es un requisito necesario en el contexto de una relación de consumo, una información sobre el contenido contractual que podría considerarse un previo al control sobre la abusividad. Aplicado el análisis fuera del mencionado contexto tuitivo, la incorporación de la cláusula debe atender a la posibilidad de conocerla, comprenderla o aceptarla mediante firma, de su ubicación en el documento contractual de acuerdo con el art. 5 LCGC o matizarse de acuerdo con las circunstancias y relaciones previas entre el cargador y el transportista¹².

2.2. El quebranto causal sostenido por las sentencias Chronopost en el ámbito de la contratación autónoma del servicio de transporte

El asunto *Chronospost* ha dado pie a una reutilización jurisprudencial de la noción de causa, al amparo del art. 1131 del *Code civil*, al casar la *Chambre de Cassation* las sentencias que no se habían parado a considerar si la cláusula limitativa debía reputarse no escrita al contemplar el incumplimiento de una obligación esencial del contrato. La jurisprudencia francesa piensa en una noción objetiva de causa, alusiva a la contraprestación que subyace en el contrato de transporte, que quedaría absolutamente contradicha por la negación de una indemnización adecuada. Cuando una de las partes se exime prácticamente del cumplimiento de la obligación esencial del contrato, quiebra la estructura causal del mismo y el ordenamiento reacciona eliminando la cláusula¹³.

Consideramos que los pactos que representan una exclusión de una obligación esencial deben relacionarse con la imposibilidad de dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes desde el momento en que las consecuencias del retraso le resultan económicamente irrelevantes, en relación con los perjuicios que puede haber sufrido el cliente del servicio (art. 1256 CC). En cambio, la causa apela, bien a la función económica que deriva de la estructura típica del contrato, bien a la estructura del acuerdo causal que debe reposar *a priori* sobre una causa (art. 1262.1 y 1274 CC).

el régimen de responsabilidad contemplado en el Código de Comercio, que no está sujeto a límites, sino también uno de los principios fundamentales de la responsabilidad civil contractual como es el del resarcimiento íntegro (arts. 1106 y 1107 del Código civil). Ahora bien, la limitación de la responsabilidad obedece al hecho de que, de no existir, el transportista asumiría enormes riesgos, incluso para la viabilidad misma de la empresa, salvo en aquellos supuestos en que expresamente se establece el valor de lo transportado, en cuyo caso pueden adecuarse las tarifas a los riesgos que efectivamente se asumen”.

12 Véase la citada SJMER de Valencia nº 37/2005, de 16 de mayo (AC 2005\895). La SAP de Pontevedra nº 140/2002, de 13 de mayo (AC 2002\1230) se pronuncia a favor de la incorporación de la cláusula limitativa a una condiciones aportadas por el cargador y perfectamente claras. En cambio, la SAP de Pontevedra nº 24/2001, de 22 de enero (AC 2001\478), valora en su 2º FD que “en el referido dorso del documento, y en la indicada condición tercera, se agrega, además, que la Compañía no se hace responsable de la pérdida, extravío, deterioro, hurto o robo de los paquetes confiados para su transporte y entrega, y que, asumiendo la responsabilidad exigida por la Ley 16/1987, se indemnizará al cliente en 450 pesetas kilogramo transportado; añadiendo, por último, *además el cliente puede opcionalmente contratar con la Compañía un seguro complementario*” para concluir *contra proferentem* que si la empresa cargadora no había estampado su firma y sello en el reverso no había constancia de que conociera tal condición “con las omisiones y limitaciones indemnizatorias que suponían, expuestas en manera confusa y oscura, por lo que ha de entenderse que no puede favorecer a la contratante causante de la oscuridad”.

13 Indica la Sentencia de la Corte de Casación de 30 de mayo de 2006: “Attendu qu’en statuant ainsi, sans rechercher si la clause limitative d’indemnisation dont se prévalait la société Chronopost, qui n’était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l’effet d’un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision”.

El primer sentido objetivo de la causa, como causa del contrato, no es útil en este contexto: se corresponde con su estructura funcional típica, siendo onerosos los contratos que instrumentalizan un intercambio recíproco de prestaciones, mientras que los gratuitos reflejan una prestación sin correspondiente. La descripción de la función económica del negocio se halla en el tipo negocial y permite atribuir un régimen al mismo. La estructura del negocio causalmente oneroso, caracterizada por la reciprocidad o interdependencia de prestaciones (promesa de prestación o prestación de presente) no coincide, como es sabido, con el sinalagma (así, los contratos reales con pacto de intereses donde la reciprocidad media entre la prestación de presente y la obligación accesoria que es su contrapartida: art. 1740.3 y 1755 CC). Como es sabido, la onerosidad típica representa un límite a la autonomía de la voluntad (que debe adecuarse a las funciones económicas típicas, art. 1255 CC), un criterio de interpretación de los contratos (cfr art. 1289.1 CC) y, finalmente, un criterio para aplicar las llamadas normas causales, que son instrumentos para tutelar los efectos económicos típicos del contrato. No protegen la estructura negocial sino su resultado económico tendencial: el Código pretende que el negocio oneroso tienda a “la mayor reciprocidad de intereses” y el gratuito a la transmisión menos gravosa (arg. ex art. 1.289.1 CC). En este sentido, son normas causales onerosas la rescisión por lesión en el Ordenamiento catalán (art. 321 y ss CDCC) o el saneamiento por vicios ocultos en el Código civil (art. 1484 y ss CC), mientras que la rescisión por lesión en el Código civil reviste, junto a la lesión o desequilibrio económico, unas connotaciones subjetivas (art. 1291.1 y 2 CC y art. 1293 CC).

La lógica que inspira las sentencia francesas se aproxima más la causa de la obligación, es decir, del acuerdo causal que quebraría si en una de las partes falla la prestación que deja de representar una causa para la otra (art. 1274 CC). Aparece así como un elemento negocial que se inserta en la estructura contractual, necesario para la validez del contrato y que se concreta en el acuerdo causal (art. 1.261 CC y art. 1262.1 CC). Siendo la causa de la obligación, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra, en el arrendamiento de servicios (art. 1.544 CC) la causa de la obligación de quien arrienda su actividad es la percepción del precio, mientras que para arrendatario lo es la prestación del servicio. Tratándose de un elemento estructural, las incidencias que puedan afectarlo conllevan la nulidad del contrato en su totalidad, al faltar el acuerdo causal (art. 1275 CC).

En el supuesto de las cláusulas limitativas de responsabilidad, sí existe un acuerdo causal que se concreta en la prestación del servicio a cambio de un precio. La limitación de responsabilidad nace de la eventualidad del incumplimiento y escapa a una estructura causal, que presupone¹⁴. Desde esta perspectiva, sólo sería posible prescindir autónomamente de las reglas generales de responsabilidad si el pacto no representa dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio o voluntad exclusiva de una de las partes (art. 1102 y 1256 CC).

2.3. Cumplimiento tempestivo y responsabilidad: contravención al tenor de la obligación y diligencia

Puede considerarse que el contrato de transporte urgente genera la obligación de entregar la mercancía en el momento pactado, siendo éste un elemento esencial de la obli-

14 Véase M. GARBAN, *Avis du conseiller rapporteur*: “Le visa de l’article 1131 du Code civil, dans l’arrêt Chronopost 1 de 1996, a paru encore plus choquant : la cause de l’obligation résidant, comme l’a dernièrement rappelé la chambre commerciale, dans les contrats synallagmatiques dans l’obligation envisagée par le contractant et devant être effectivement exécutée par l’autre contractant. Celle-ci devant, classiquement, s’apprécier au moment de la conclusion de la convention, il peut paraître difficile de faire référence à cet article tout en motivant la décision par des considérations de retard dans la livraison n’affectant que l’exécution de la convention” (subrayados del autor). http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21

gación cuyo incumplimiento sería inmediatamente definitivo, es decir, no subsanable ni causante de morosidad salvable. La sentencia de la Corte de Casación francesa de 22 de octubre de 1996 ponía de relieve la especialización en transporte rápido de la compañía demandada antes de considerar si la cláusula limitativa de responsabilidad contradecía esta finalidad ofertada. Es decir, la entrega tempestiva sin duda caracterizaba la obligación.

Frente al incumplimiento, la imputabilidad que fundamenta la indemnización representa entrar en lo subjetivo: de acuerdo con las condiciones generales del contrato tipo, la limitación de la responsabilidad sólo decae, para alcanzar todos los daños ocasionados, en los casos de dolo y de culpa equiparable. La cuestión se centra entonces en la delimitación de la culpa lata. La sentencia de la Corte de casación de 22 de abril de 2005 rechazó el recurso de la sociedad Dubosc contra la sentencia de apelación que condenaba a *Chronopost* a una indemnización limitada a 22,11 euros, considerando que el incumplimiento de una obligación esencial no basta para atribuir una falta grave al deudor y que es preciso probar la culpa lata que cualifica el retraso en la entrega¹⁵.

El sistema español también detecta estos dos puntos de referencia: incumplimiento e imputabilidad. El incumplimiento material o temporal de la obligación, a su vez, puede derivar en morosidad o en un incumplimiento definitivo, si el tiempo de la entrega o de la realización de servicio fueron determinantes (art. 1100.2 y art. 1001 CC). El mero incumplimiento no se confunde con la negligencia que, al igual que el dolo, es una fuente de responsabilidad en la medida en que el hecho objetivo deviene subjetivamente imputable (art. 1101 CC). En este sentido, no creemos que la inejecución de una obligación esencial baste para imputar al deudor una falta grave, pues es la falta grave la que califica el incumplimiento y genera una responsabilidad que desaparece en caso de fuerza mayor (art. 1105 et 1182 CC)¹⁶.

La diligencia, considerada como una actividad instrumental o promotora del cumplimiento (entrega tempestiva), constituye una carga del deudor que quiera evitar la imputación de los perjuicios derivados de la tardanza. Así, la diligencia del transportista no es el objeto de la prestación ni contribuye a delimitar el contenido del exacto cumplimiento, fijado en referencia a una fecha y lugar concretos. El transportista debe realizar cuanto está a su alcance para evitar la infracción del criterio temporal del cumplimiento y culminar la entrega tempestiva de la mercancía¹⁷. En este sentido, el incumplimiento objetivo puede revestir dos modalidades: morosidad (entendida como inejecución susceptible de cumplimiento retrasado) y contravención al tenor de la obligación. En cambio, la calificación subjetiva del mismo se ordenará en torno a la culpa o el dolo¹⁸.

15 Indica: «Mais attendu qu'il résulte de l'article 1150 du Code civil et du décret du 4 mai 1988 portant approbation du contrat-type pour le transport public terrestre de marchandises applicable aux envois de moins de trois tonnes pour lesquels il n'existe pas de contrat-type spécifique que, si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par 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, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ».

16 Sobre el sistema de responsabilidad contractual en el Código civil español, véase GRAMUNT FOMBUENA, M.D.: *La mora del deudor en el Código civil*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 1993, pag. 142. Para una construcción dogmática de las nociones de incumplimiento e imputabilidad, véase BADOSA COLL, F.: *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, pág. 313.

17 Para una distinción entra la diligencia integradora de la prestación o delimitadora de la obligación de hacer y la diligencia como actividad promotora del cumplimiento, véase BADOSA COLL, op. cit., pág. 635 y 643.

18 Para un análisis del art. 1101 CC desde estas dos vertientes y la distinción entre el incumplimiento y el fundamento subjetivo de la responsabilidad, véase GRAMUNT FOMBUENA, op. cit., pág. 97 y pág. 135. De la misma autora: «L'incompliment de l'obligació» en *Dret d'obligacions* (coord. C.J. Maluquer de Motes), Edicions Universitat de Barcelona, 2003, pág. 170-172.

El plazo de entrega constituye una exigencia de cumplimiento resultante de la naturaleza y circunstancias de la obligación, de forma que la llegada del plazo esencial, sin que se haya ejecutado la obligación, constituye un incumplimiento definitivo susceptible de ser calificado inmediatamente desde el prisma de la imputabilidad. En este sentido, el art. 1100.2 CC constituye al deudor en mora sin necesidad de intimación cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue el motivo determinante para establecer la obligación. Así pues, el término expreso constituye por sí solo en mora al deudor y provoca el incumplimiento objetivo de forma automática, del mismo modo que si el plazo se dedujera tácitamente de la naturaleza de la obligación o del negocio. En el contexto del contrato de transporte, debe valorarse tanto la fijación concreta del plazo, como el hecho de que el transportista se presente a la clientela como un especialista del envío urgente, de forma que quien acude a él o contrata las modalidades que aluden a la mencionada rapidez, lo hace en consideración a la precisión que califica y distingue entre la obligación de entrega tempestiva y la entrega ordinaria, que admitiría un cumplimiento tardío aún constituyendo en mora al deudor¹⁹.

3. LA NEGLIGENCIA GRAVE DEL TRANSPORTISTA

3.1. La valoración jurisprudencial de la culpa lata

El mencionado retraso definitivo, que representa un incumplimiento objetivo, conduce al terreno de la responsabilidad y de su alcance (art. 1101 y 1107 CC), así como al indisponibilidad de su limitación cuando el deudor actúa con mala fe o culpa grave (art. 1102 CC). Si la imputabilidad no puede resultar del mero retraso en la entrega, aún debe analizarse bajo criterios que vayan más allá del mero hecho de que el transportista no pueda esclarecer las causas del mismo. La jurisprudencia francesa, aunque admite la equiparación teórica entre dolo y culpa lata al interpretar el art. 1150 del Code²⁰, se ha revelado muy restrictiva a la hora de calibrar la negligencia extrema del transportista y de tomar en cuenta las características de la obligación asumida, su grado de complejidad y la diligencia correspondiente²¹.

¹⁹ Sobre la previsión expresa o tácita de la exigencia de la obligación, alternativa a la interpelación, y determinante de la inutilidad de la prestación tardía para el acreedor, véase GRAMUNT FOMBUENA, op. cit., pág. 31 a 37.

²⁰ La sentencia de la Corte de Casación francesa de 22 de abril de 2005 (société Dubosc) identifica la falta grave con la “négligence d’une extrême gravité confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur de l’obligation à l’accomplissement de sa mission contractuelle”.

²¹ Así lo retiene recientemente la Sentencia de la Corte de Casación de 5 de junio de 2007 que casa una sentencia que analizaba un contrato libremente pactado bajo la óptica de los contratos reglamentados, es decir, de la diligencia empleada por el transportista: “Attendu que pour rejeter la demande de la société Thales, l’arrêt se borne à retenir que la faute lourde s’entend d’une négligence d’une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l’inaptitude du transporteur, maître de son action, à l’accomplissement de la mission contractuelle qu’il a acceptée, que la perte de la marchandise n’est pas considérée comme une faute lourde, spécialement lorsque ni l’expéditeur, ni le transporteur ne connaissent les conditions de cette perte et, enfin, que par suite, le fait qu’un transporteur exagère ses performances dans ses documents publicitaires ou même les contrats qu’il signe, ne suffit pas, tant qu’on ne sait rien de certain sur les raisons de la perte de la marchandise, à constituer une faute assez considérable pour permettre d’écarter la clause limitative de responsabilité qu’il inclut dans les mêmes contrats”. Son reveladoras las argumentaciones de P. JOURDAIN. En su comentario a las sentencias *Chronopost* de 2005 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2005, pág. 606): “L’appréciation de la gravité d’une faute ne devrait dépendre que de l’examen du comportement de l’auteur. L’importance de l’obligation transgressée ne peut être tout au plus qu’un élément d’appréciation parmi

La Sentencia de la Corte de Casación francesa de 13 de junio de 2006 se detiene en la gravedad derivada del retraso en un envío urgente que debía conducirse a un lugar cercano y que no revestía dificultades especiales. Estas circunstancias habían llevado a la sentencia apelada a valorar una negligencia grave equiparable al dolo, vista la incapacidad de ejecutar un sencillo recorrido únicamente caracterizado por la urgencia. No obstante la Corte de Casación se decanta claramente por no derivar la falta grave del mero incumplimiento de la obligación, aún siendo esencial, sino de la gravedad del comportamiento del transportista²².

Es cierto que el derecho español no equipara la culpa lata con el dolo, cuyas diferencias conceptuales, en torno a la mala fe, son conocidas²³. No obstante, existe una tendencia jurisprudencial a extraer consecuencias funcionales del aforismo *culpa lata dolo aequiparatur* y a considerar que la generalización de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el sector no debe favorecer a quienes, teniendo conocimientos y medios de previsión, descuidan gravemente la diligencia que les es exigible²⁴. La cuestión radica entonces en diferenciar la falta grave de la simple negligencia, que permitiría aplicar la cláusula limitativa en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1102 y 1103 CC). Además, los parámetros deben ponerse en el contexto de un contrato prestado por un profesional y de una diligencia perita que comprende todas las conductas necesarias para promover la entrega en buen estado o en el plazo y lugar fijados, así como la información necesaria en previsión de posibles percances o daños que pueda sufrir el cargador (art. 1104.1 CC)²⁵. Fuera del ámbito tuitivo de una relación de consumo, la validez de una cláusula limitativa de la responsabilidad en un contrato de adhesión debe enfocarse desde los principios generales, es decir, de la aproximación de la culpa lata al dolo.

La SAP de Islas Baleares núm. 3/2004 de 14 de enero (JUR 2004\79836) identifica la diligencia como el cuidado y vigilancia a aplicar hasta la llegada tempestiva al

d'autres (...)”. El mismo autor, en su comentario a la sentencia de 13 de junio de 2006 (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2006, pág. 774-775) puntualiza: “Les constatations de la cour d’appel ne révélaient-elles pas la gravité du manquement du transporteur en faisant état de la très faible distance à parcourir pour délivrer le pli confié? On pouvait en effet penser que le retard de livraison est plus grave dans ces circonstances”.

22 Sentencia de la Corte de Casación francesa de 13 de junio de 2006 : “l’arrêt retient que la société Chronopost, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, s’était obligée de manière impérative à faire parvenir le pli litigieux le vendredi avant midi à Champagnole, localité située à 25 kilomètres du lieu de son expédition, où il avait été déposé la veille avant 18 heures, qu’elle n’avait aucune difficulté à effectuer ce transport limité à une très courte distance et que, au regard de ces circonstances, sa carence révèle une négligence d’une extrême gravité confinant au dol et dénotant l’inaptitude du transporteur, maître de son action, à l’accomplissement de la mission qu’il avait acceptée. Attendu qu’en statuant ainsi, alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur, la cour d’appel a violé les textes susvisés”.

23 Véase SÁNCHEZ-GAMBORINO, J. : « La llamada culpa equiparable al dolo y sus consecuencias en el contrato de transporte », *Revista de Derecho mercantil*, 1995, pág. 729. En cambio, el art. 1229.1 del Código civil italiano especifica: “E’ nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave ».

24 Véase ÁLVAREZ LATA, N.: *Cláusulas limitativa de responsabilidad civil*, Comares, Granada, 1998, pág. 159; GÓRRIZ LÓPEZ, C.: *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Publicaciones del Real colegio de España, Bolonia, 2001, pág. 674. El dolo representa el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación y encierra una voluntad de violarla, resultado que puede buscarse directa o conscientemente, pero que también puede ser consecuencia necesaria de la infracción. El Tribunal Supremo ha considerado el dolo eventual como la representación necesaria o inevitable de un resultado que no se toma en consideración para evitar la infracción. Junto a la voluntad decididamente rebelde, se identifican conductas obstaculistas al cumplimiento que, se mantienen sin explicación o justificación razonable (SSTS de 18 de noviembre de 1983, RJ 1983\6488; de 18 de marzo de 1991, RJ 1991\2265, y de 13 de julio de 1995, RJ 1995\6003). La falta grave identifica una infracción derivada de error o negligencia inexcusable en un profesional (SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2005, JUR 2005\260127 y de 18 de junio de 1999, AC 1999\1200).

25 Véase SERRA RODRÍGUEZ : *Cláusulas abusivas...* cit., pág. 124.

lugar de destino y la entrega, que comprende la búsqueda de soluciones alternativas y eficaces y la información al remitente de los posibles problemas en el momento de celebrar el contrato o con posterioridad, a medida que van surgiendo en el desarrollo o las fases del transporte²⁶. La jurisprudencia ha ordenado entre los comportamientos activos que denotan culpa lata, la impericia de un empleado que confunde los sobres, infracción grave que evidencia una organización defectuosa (SAP de Baleares nº 273/2004, de 25 de junio, JUR 2004\197492)²⁷. Entre las conductas omisivas destaca la falta grave de vigilancia sobre mercancías robadas: por ejemplo, un transportista que las abandona durante un tiempo excesivo sin vigilancia²⁸ o que estaciona su motocicleta y la abandona sin tomar ninguna medida para evitar un robo, denotando esta actitud una organización temeraria de la actividad²⁹. Por contra, la SAP de Asturias nº 487/2002, de 25 de julio (AC 2002\1991) aplica la limitación de responsabilidad a los daños derivados del robo de mercancías custodiadas bajo llave.

La falta de información sobre los diferentes inconvenientes sufridos durante el transporte, que pueden incrementar los perjuicios para el acreedor, se han valorado como indicadores de culpa lata. De modo similar al caso KA France, los tribunales españoles han interpretado la actitud del transportista y la ausencia de explicaciones en el sentido de la falta grave. El hecho de no ser capaz de facilitar explicaciones, ni al acreedor en el momento de efectuar el transporte, ni posteriormente a requerimiento judicial, demostraría un abandono de la diligencia mínima en la gestión de los incidentes del transporte, absolutamente incompatible con la actividad del profesional. Así, la SAP de Valencia nº 170/2003, de 3 de marzo (JUR 2003\149521) analiza la desaparición de tres bultos de los que el transportista perdió inmediatamente la pista, que nunca llegaron a su destino y cuyo único testimonio fue el documento registrado en poder del acreedor. El transportista no fue capaz de proporcionar explicaciones ni de probar que hubiera emprendido actuación alguna para localizarlos (por ejemplo, denunciando los hechos a la autoridad). La sentencia considera que esta actitud contraviene las exigencias más elementales y constituye una negligencia inexcusable que conduce a reparar todos los perjuicios derivados del incumplimiento en el sentido del art. 1107 CC, sin tomar en consideración la limitación contractual de la indemnización. En el mismo sentido, la SAP de Toledo nº 170/1999, de 22 de abril (AC 1999\958) pone de relieve la pasividad de un transportista incapaz de localizar unos paquetes, de precisar el momento en que perdió su control sobre ellos ni de demostrar que su cliente había sido infor-

26 Véase su FD 4º: “El retraso genera responsabilidad en el portador cuando le es imputable, como en el presente caso, por dolo o culpa grave, que obligan a indemnizar todos los daños del incumplimiento a tenor del art. 1.107 del Código Civil, y al dolo se le equipara la culpa grave a los efectos pertinentes de pérdida del derecho a la limitación de responsabilidad”.

27 La SAP de Barcelona de 11 de julio de 2002 (JUR 2002\270722) aproxima al dolo una equivocación en las etiquetas de las mercancías, que demostraba una falta de control absoluto en la organización de las entregas y los envíos, que impedía incluso conocer su destino sin la información que pudiera aportar el cliente receptor.

28 Véase la SAP Barcelona de 18 de junio de 1999 (AC 1999\1200): “la maniobra comprensiva de desprecintar alguno de los bultos transportados, seleccionar parte de la mercancía que contienen, volver a precintar aquéllos y desaparecer sin dejar rastro alguno, precisa de un lapso mayor de tiempo, durante el cual el porteador, o su empleado, ha descuidado su esencial deber de custodia, lo que ya si ha de encontrar acomodo, al menos, en la culpa lata o en el llamado dolo eventual, por cuanto debió representarse como posible el resultado que, a buen seguro, podía producirse y aún así verificó su conducta omisiva”.

29 Véase la SAP de Pontevedra núm. 24/2001, de 22 de enero (AC 2001\478): “dejar estacionada la motocicleta que utilizaba, a tal efecto, sin ningún genero de vigilancia, conducta que, de otra parte, revela una grave impericia en la organización y ejercicio de los transportes, merecedora de ser calificada como temeraria y de un tratamiento equiparado al dolo a los efectos de la limitación de responsabilidad”. En cambio, la SAP de Madrid, de 22 de abril de 2002 (JUR 2002\206566), no aprecia una falta grave en el hecho de guardar las mercancías durante una noche entera en un almacén cuya puerta estaba abierta y sin vigilancia.

mado de la posibilidad de evitar la limitación de responsabilidad pagando un suplemento y declarando el valor real de las mercancías³⁰.

La omisión de información sobre los límites cuantitativos y sobre la posibilidad de declarar el contenido con el objeto, cuando el cargador conoce las consecuencias, también puede revelar una negligencia grave en particular cuando el profesional puede colegir que su cliente desconoce estas particularidades (y que es preceptiva en sede de consumo). Así, la SAP de Zaragoza núm. 253/1997, de 4 de junio (AC 197\1315) toma en consideración que el transportista no informó sobre la existencia de los límites cuantitativos preceptivos, conociendo que su falta determinaría un grave perjuicio económico a la contraparte en caso de que la mercancía llegara a sufrir algún daño (FD 3^o)³¹.

3.2. La carga de la prueba

Este argumento, en torno a la ausencia de explicaciones, demuestra que la carga de la prueba deviene un elemento fundamental. Mientras el dolo constituye una posición subjetiva grave y directamente intencional que corresponde probar quien la alega, la culpa grave se desprende de la actitud del transportista sobre un conjunto de hechos que el cargador generalmente desconoce³². La regla general debe adaptarse a las circunstancias del caso y al principio de facilidad probatoria, en particular en un contexto donde el transportista está en mejor disposición de proporcionar una versión de los hechos: en cambio exigir la prueba al cargador, a menudo desprovisto de informaciones relevantes sobre los hechos representa una misión imposible o una *diabolica probatio*³³.

30 Argumenta también el elevado grado de desatención evidenciado por el desconocimiento acerca de si se recibió un objeto, en que condiciones viajó o que cautelas se adoptaron, la SAP de Zaragoza de 25 de septiembre de 2001 (JUR 2001\292111) y SAP de Barcelona de 15 de febrero de 1999 (AC 1999\2853).

31 Asimismo, SAP de Albacete núm. 198/1998, de 6 de julio, FD 3^o (AC 1998\6701).

32 Véase la SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2005\260127), 3^o FD: “la prueba de los hechos en que ha de basarse la apreciación de esta figura corresponde al litigante que la reclama - aunque, en la mayoría de los casos las pruebas que coadyuven a dicho fin no tendrán el carácter de directas, sino de presunciones hominis (...) -, siempre sin olvidar los principios de facilidad probatoria, proximidad a la fuente de la prueba y lealtad procesal, por lo que no es exigible a la cargadora que demuestre y justifique qué ha sucedido o cuales son las razones que han motivado la pérdida o el deterioro causante del daño que es el origen de la reclamación, pues ello supondría exigirle una prueba imposible, sin que ello resulte equivalente tampoco a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba también en este punto, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados. En definitiva, la prueba de la existencia de una causa de exoneración de responsabilidad corresponde al transportista, mientras que la existencia de dolo, aún con todos los matices que acaban de exponerse, corresponde probarlo a quien lo alega, todo lo cual lleva a las partes a intentar demostrar, la demandante, que existió una negligencia más o menos conciente en el transportista, y la demandada, que concurrió un supuesto de fuerza mayor, enfrentamiento de versiones que jurisdiccionalmente debe resolverse con una ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso”.

33 Véase la SAP de Barcelona de 18 de junio de 1999, AC 1999\1200, 4^o FD: “En principio, la prueba de los hechos en que ha de basarse la apreciación de esta figura corresponde al litigante que la reclama (...), si bien, esta regla ha de quedar, necesariamente matizada por los principios de facilidad probatoria, proximidad a la fuente de la prueba y lealtad procesal, máxime en una materia como la que nos ocupa, en la que la única parte que está, normalmente, en condiciones de facilitar una versión de lo acaecido es quien de modo profesional se dedica a la actividad de transportar mercancías. Por emplear una expresión usada por esta Sala (SS. de 10 de febrero y 15 de mayo de 1998), exigir a la cargadora que demuestre que ha sucedido algo de lo que no tiene constancia, en un momento y lugar ignotos, supone tanto como exigir una prueba imposible -la llamada «diabolica probatio»-. Ello no resulta equivalente, ni mucho menos, a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados”. En el mismo sentido, véase la mencionada SJMER de Valencia n^o 37/2005, de 16 de mayo (AC 2005\895), 5^o FD, que concluye: “debe decirse que en el marco de este casuismo que se predica debe entenderse doloso, en beneficio del cargador, el supuesto

De nuevo, la jurisprudencia francesa parece más exigente : la sentencia de la Corte de casación de 22 de abril de 2005 no pone en duda que corresponde al cargador la prueba de los hechos que permitan imputar la negligencia grave al transportista³⁴.

No obstante, este razonamiento no debe interpretarse estrictamente como una exclusión de la limitación de la responsabilidad ni como una inversión absoluta de la carga de la prueba, sino como una consecuencia de la valoración de las circunstancias del caso, de acuerdo con lo establecido por el art. 217.6 LEC que matiza la regla *afirmanti, non neganti, incumbit probatio* en función de otros factores como la proximidad a los hechos o a los elementos probatorios. Así no cabe exigir al cargador que proporcione una versión de los hechos, que no dejaría de ser una hipótesis si los acontecimientos indican que no está en condiciones de hacerlo. Estos casos justifican una transferencia de la carga de la prueba al transportista, en situación de conocer los detalles, de detectar el momento en que se ha podido producir el retraso o la pérdida y de reaccionar para evitarlo o amortiguar su gravedad³⁵. Un esfuerzo mínimo para aportar una explicación coherente y demostrar la ausencia de incidentes significativos que pudieran provocar el retraso o bien para demostrar haber hecho todo lo posible para reaccionar pueden acreditar una conducta responsable del profesional que autorizaría a pretender la limitación de la responsabilidad.

Si las cláusulas limitativas son una medida excepcional que debería garantizar a los profesionales la continuidad de su actividad, el transportista no puede prevalerse de esta situación para exonerarse de toda actividad probatoria, porque ello introduciría, de nuevo, un desequilibrio grave y un perjuicio para el cliente³⁶.

4. EL ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DEL CONSUMO

Si analizamos el contrato de transporte como un contrato de consumo, celebrado entre un empresario y un particular que pueda calificarse de consumidor (art. 59.1

—como el ahora concurrente— en que el porteador no da razón alguna plausible en punto al devenir fáctico habido para la pérdida de la mercancía, no pudiendo dar razón del paradero de la misma, y no dando razón asimismo de actividad tangible tendente a la averiguación de tales particulares”.

34 Indica : «Qu’ayant énoncé à bon droit que la clause limitant la responsabilité de la société Chronopost en cas de retard qui contredisait la portée de l’engagement pris étant réputée non écrite, les dispositions précitées étaient applicables à la cause, et constaté que la société Dubosc ne prouvait aucun fait précis permettant de caractériser l’existence d’une faute lourde imputable à la société Chronopost, une telle faute ne pouvant résulter du seul retard de livraison, la cour d’appel en a exactement déduit qu’il convenait de limiter l’indemnisation de la société Dubosc au coût du transport ».

35 Cfr SAP de Barcelona de 23 de noviembre de 2005 (JUR 2005\260127): “no es exigible a la cargadora que demuestre y justifique qué ha sucedido o cuales son las razones que han motivado la pérdida o el deterioro causante del daño que es el origen de la reclamación, pues ello supondría exigirle una prueba imposible, sin que ello resulte equivalente tampoco a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba también en este punto, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados”.

36 En este sentido, y sobre la frontera de la incorporación de las condiciones generales de la contratación, véase la SAP de Jaén núm. 381/2000, de 12 de julio (JUR 2000\286645) que se pronuncia sobre la *culpa lata* cuando el transportista no informó sobre la posibilidad de convenir un aumento de la responsabilidad mediante pago de una prima: “que en el presente supuesto concurre pues la porteadora no explica ni da razón sobre la mercancía que se le entregó limitándose a negar el porte y en todo caso a alegar su mínima responsabilidad contractual; y sin probar, como le correspondía que informó convenientemente al usuario de la limitación en su responsabilidad en caso de pérdida y de la posibilidad legal y contractual de informar del valor real de la mercancía para obtener una cobertura real sobre dicho valor, induciendo por el contrario a confusión, al mencionarse en la carta de porte una tarifa por la contratación de un seguro que en definitiva no viene sino a cubrir una cantidad mínima en razón del peso, que nada tiene que ser con el valor de la mercancía”.

TRLCU), el punto de partida varía considerablemente. Además, consideramos que la noción de consumidor ha iniciado un camino expansivo que permite una lectura amplia del contrato de consumo.

En efecto, el art. 1.2 de la ley general 26/1984 definía un concepto de consumidor bastante restringido, como *destinatario final* de bienes, productos o servicios prestados por quienes se dedican profesionalmente a producirlos o facilitarlos. Excluía además a quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquirirían, almacenaba, utilizaban o consumían bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Esta percepción estrecha había generado una paulatina ampliación jurisprudencial del “destinatario final”, matizando el criterio de la “no incorporación”³⁷ y la aparición de una tutela legal destinada a clientes de productos comercializados en masa que carecen de conocimientos por el hecho de actuar en un ámbito ajeno a tal actividad profesional. El concepto de consumidor recogido por el art. 3 TRLCU admite una lectura en el sentido indicado: tratándose de una persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, cuanto más se restrinja este ámbito, más potencial adquiere la noción de consumidor. En cambio, el profesional se define por la actuación en el marco de su actividad empresarial o profesional (art. 4 TRLCU), referencia que contribuye a calificar su posición cuando el profesional contrata con otro profesional, fuera de su ámbito de actividad. El dato definitorio deviene el propio ámbito de dedicación profesional que excluye la tutela legal dispensada a la contratación de determinados bienes o servicios. Por otra parte, la complejidad de algunas materias puede justificar una regulación tuitiva, de la que se excluyen los profesionales del propio sector, y que puede alcanzar un campo de protección verdaderamente amplio, tal como ocurre en la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros. Así, lo relevante no es el destino que se da a lo adquirido ni la ignorancia subjetiva y concreta del destinatario, sino la definición del acto de consumo por exclusión de la actividad empresarial o profesional. Fuera de ésta, la complejidad de los productos o servicios ofrecidos en masa provoca vulnerabilidad y el derecho debe poner los medios para garantizar la autodeterminación económica de la persona en los distintos ámbitos en los que no actúa como un profesional conocedor del medio³⁸. Subyace un déficit de información que compromete la autodeterminación del ciudadano medio en el mercado y justifica la necesidad de datos veraces y claros y de recursos eficaces, de un substrato para una actuación libre e informada, que puede asimilar el derecho de consumo con su ámbito material, que solo se descarta cuando se predica de un profesional del medio regulado. El detonante de las normas garantistas no es tanto el concepto técnico de consumidor, sino la delimitación de unos ámbitos materiales dónde conviene uniformizar el régimen de comercialización en masa de bienes o servicios complejos, y donde decae la tutela cuando el destinatario es un profesional, es decir, alguien con la capacidad de decisión que otorga el conocimiento de su sector profesional³⁹.

37 Considerando consumidor al empresario, persona física o jurídica, que contrata bienes o servicios que agotan su vida útil en el mismo entorno de la empresa, como sería el caso de la instalación de ascensores o de aire acondicionado: véanse las SAP de Barcelona de 22 de marzo de 2000, SAP de Burgos núm. 92/2001, de 15 de febrero (AC 2001\875), SAP de Teruel núm. 171/2002, de 31 de octubre y SAP de Asturias núm. 669/2002, de 7 de noviembre.

38 Destaca la inherencia de la autodeterminación como instrumento de la libertad y dignidad de la persona en el mercado, véase ROSSI CARLEO, L.: “Il mercato tra sulte volontarie e comportamenti obbligatori, *Studi Messinetti* (en prensa).

39 Me remito a lo dicho en LLÁCER MATAÇAS: Respuesta al Libro Verde sobre la revisión del acervo: *Comisión Staff Working Paper. Report on the outcome of the public consultation on the Green Paper on the review of the Consumer Acquis*, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/responses/llacer_barcelona.pdf y a mi contribución: “La revisión del acervo de consumo: la generalización del derecho tuitivo

Desde esta perspectiva, cabe poner el acento sobre la obligación del transportista de informar claramente sobre la existencia y significado de las cláusulas limitativas de responsabilidad, en observancia de su deber de informar propio de la fase precontractual en el contexto del contrato de consumo que garantiza el consentimiento informado y autónomo del consumidor (art. 60.1 TRLCU), y de hacerlo de forma clara y concreta (art. 80.1 TRLCU)⁴⁰. Cabe recordar que el art. 5 de la Orden de 25 de abril de 1997, por la que se establecen las condiciones generales de la contratación de los transportes de mercancías por carretera, reputa mercantiles este tipo de contrato. Téngase en cuenta que tampoco las cláusulas aprobadas por las Administraciones, reguladoras de contratos dirigidos a consumidores tampoco escapan, al menos, a las disposiciones generales del Texto refundido (art. 81.1 TRLCU), de forma que la contratación del servicio de transporte con consumidores queda sometida enteramente al Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre⁴¹. Por ejemplo, la SAP de Toledo de 31 de diciembre de 1993 (AC 1994/661) indica que la validez de estas cláusulas depende de su incorporación formal y del control material de su contenido abusivo y excluye una cláusula redactada en escritura microscópica, de dimensión inferior a la de otros datos de menor importancia. En definitiva, mientras que la limitación de responsabilidad en beneficio del transportista juega, en principio, un papel en el equilibrio de intereses concurrentes, la intervención de un consumidor refuerza la carga de informar sobre la existencia de la cláusula en términos comprensibles (SAP de Toledo de 25 de marzo de 1997). Por ejemplo, las SAP de Málaga nº 91/2005, de 28 de enero (JUR 2005\145993) y de Orense de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\2214) imponen al transportista el deber funcional de informar a los usuarios sobre las condiciones del servicio y la posibilidad de evitar la limitación de responsabilidad mediante un seguro. La SAP de Málaga nº 91/2005, de 28 de enero, en su 2º FD, impone al transportista la carga de probar el cumplimiento de la obligación de informar⁴² y

y su relación con el marco común de referencia” (*Libro Homenaje al Prof. Manuel Cuadrado* (coord. J. GÓMEZ GÁLLIGO), Civitas, Madrid 2008, en prensa). Destaca el aspecto de la no-especialización, BARRAL VIÑALS, I.: “Del Consumidor destinatari final al consumidor no expert en la contractació en massa”, *Revista Catalana de Dret Privat*, 2007, pág. 69.

40 Sobre la función tuitiva de los recursos precontractuales, véase DOMONT-NAERT, F.: “Les relations entre professionnels et consommateurs en Droit belge”, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, coord. (J. Ghestin y M. Fontaine, LGDJ, Paris, 1996, pág. 223 y ss; LENER, R.: *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Dott. A. Giuffrè Ed., Milano 1996, pág. 19; LLÁCER MATACÁS, M.R.: “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación”, *Libro Homenaje al Prof. M. Alonso Pérez*, T. II, La Ley, Madrid, 2006.

41 La SAP de Jaén núm. 381/2000 de 12 julio (JUR 2000\286645), 2º FD admite la alegación del ahora derogado art. 10 LCU. Valora la alegación de la empresa reclamada en el sentido que el contrato se ajustada a la normativa sectorial, que limita de responsabilidad del porteador, salvo pacto en contrario, y contempla la posibilidad de que el usuario declare el valor real de la mercancía cuyo transporte encarga. Considera la sentencia que los demandados no han probado ni intentado probar siquiera “que en el momento de encargarse el porte, se informara al demandante de dicha opción; no consta probado que se le advirtiera del contenido de la normativa legal, ni de la limitación en la responsabilidad (...)”, tomando en consideración que “no se informó convenientemente al usuario de la limitación en su responsabilidad en caso de pérdida y de la posibilidad legal y contractual de informar del valor real de la mercancía para obtener una cobertura real sobre dicho valor, induciendo por el contrario a confusión, al mencionarse en la carta de porte una tarifa por la contratación de un seguro que en definitiva no viene sino a cubrir una cantidad mínima en razón del peso, que nada tiene que ser con el valor de la mercancía”. No obstante, la sentencia, apelando a la SAP de Toledo de 25 de marzo de 1997, aplica los art. 362, 363 y 371 del Código de Comercio, que establecen la responsabilidad del porteador, al devenir inaplicable la disposición reglamentaria y valora la existencia de dolo o culpa lata.

42 Véase el mencionado 2º FD: “Sobre este particular, establecida la información al consumidor como un derecho de éste y una correlativa obligación de la empresa de servicios, ello ha de tener el adecuado reflejo en materia de carga probatoria, en el sentido de imponer a la empresa la carga de acreditar el cumplimiento de su obligación, sin que quepa desplazar al consumidor la prueba del incumplimiento de esta obligación en el caso concreto.

considera que las circunstancias del caso no permitían aceptar la mera afirmación de que sí se había proporcionado. Utiliza el argumento de “la fragilidad de la mercancía y el supuesto interés del transportista en la concertación de un seguro a todo riesgo” para rechazar los argumentos de que el demandante se interesó acerca del régimen de la responsabilidad de la empresa transportista y de que ésta dio información sobre este punto al demandante⁴³ y llegar a la conclusión contraria⁴³.

En cuanto al control sobre los contenidos de las cláusulas limitativas, el art. 82.1 TRLCU considera abusivas las que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y deberes de las partes que se deriven del contrato, sin perjuicio de la especificación que contiene el art. 82.2 TRLCU, que considera abusiva la que excluya o limite la responsabilidad del empresario e el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causadas al consumidor o usuario por una acción u omisión de aquél. La SAP de Sevilla de 1 de febrero de 2002 (AC 2002\1043) concluye que el incumplimiento de la obligación de transportar y entregar urgentemente un objeto da lugar a la responsabilidad de la empresa de servicios por todos los perjuicios provocados al consumidor. Considera que la limitación de responsabilidad al precio del transporte es abusiva y nula porque infiere un perjuicio considerable al consumidor, rompe el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes y no respeta la buena fe contractual, en relación con los art. 1 y 8.2 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y los entoces aplicables arts. 10, 10 bis y Disposición Adicional 1.10 LCU). En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife nº 543/1999, de 19 de junio (AC 1999\7501). Aunque el redactado original de la ley 26/1984 (LCU) permitía interpretar que las limitaciones parciales de responsabilidad eran admisibles si no alteran la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones⁴⁴, la reforma introducida por la ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación, aportó un nivel de tutela superior que alcanzaba las cláusulas de limitación y los daños sujetos a indemnización (daños patrimoniales, lesiones y muerte, daños morales)⁴⁵.

43 Añade el 2º FD: “efectivamente, ha de tenerse en cuenta el mínimo coste adicional que para el demandante representaba el aseguramiento del transporte de la mercancía a todo riesgo, dado que por un sobreprecio del 10% sólo tenía derecho a una indemnización de 3,61 euros por kilogramo de peso de la mercancía, en tanto que por la mínima cantidad del 1% del valor declarado de la mercancía (en este caso, 6 euros) adquiriría el derecho a ser indemnizado por el valor real de la pérdida o deterioro sufrido por esta última. Lo que pone de manifiesto quién era el mayor interesado en la concertación del seguro a todo riesgo, evidenciando el perjuicio derivado del incumplimiento del deber de información por parte de la empresa transportista. Más importante en el presente caso, por tratarse de una materia que escapa del común conocimiento de cualquier usuario esporádico de una empresa de transporte, que tiene la razonable expectativa de que la empresa transportista responda de los daños efectivos causados a la mercancía que le es entregada para su transporte. Siendo lo contrario, la limitación de responsabilidad, lo que, por tratarse de algo excepcional, ha de ser objeto del deber de información legalmente atribuido al empresario del servicio de transporte de mercancías”.

44 Véase ÁLVAREZ LATA: *Cláusulas restrictivas* ... cit. pág. 229.

45 Véase. QUICIOS MOLINA, S.: Comentario a la Disposición Adicional 10ª LCU, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 1015; MORALES MORENO, A.M.: Comentario a la Disposición Adicional 10ª LCU, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (coord. A. Menéndez Menéndez et L. Díez-Picazo y Ponce de León), Civitas, Madrid 2002, pág. 1154-1155.