

2. DERECHO MERCANTIL

Daños consecuenciales, lucro cesante y limitación contractual de responsabilidad en accidente de aeronave en terminal aeroportuaria

Consequential damages, loss of earnings and limitation of liability in an aircraft accident at an airport terminal

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: En la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020 se exonera de responsabilidad a un arrendatario de aeronave en una maniobra de la misma en la terminal del aeropuerto por la existencia de una cláusula de exoneración respecto de daños consecuenciales y lucro cesante en el contrato de arrendamiento de aeronave de temporada (*wet lease*).

ABSTRACT: *In the judgment of the Supreme Court of November 25, 2020, an aircraft lessee is exonerated of responsibility in an aircraft handling in the airport terminal due to the existence of an exoneration clause with respect to consequential damages and lost profits in the wet aircraft lease.*

PALABRAS CLAVE: Daños consecuenciales. Lucro cesante y exoneración de responsabilidad en arrendamiento de temporada de aeronave.

KEY WORDS: *Consequential damages. Lost profits and exoneration of liability in an aircraft wet lease agreement.*

SUMARIO: I. ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE. DAÑOS CONSECUENCIALES Y LUCRO CESANTE.—III. LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES DEL CASO

El 28 de mayo de 2008, en el aeropuerto Adolfo Suárez, se produjo una colisión en el que resultó con daños el Airbus A 330, propiedad de Iberworld Airlines,

durante una maniobra de carreteo del referido avión, desde su estacionamiento en el edificio satélite de la terminal 4 de dicho aeropuerto a la terminal 1 para efectuar un vuelo operado por Air Comet de Seguros y Reaseguros, S.A., en su condición de aseguradora, tanto de AENA como de la mercantil Air Comet, S.A., a los efectos de ser resarcida de los daños y perjuicios sufridos en cuantía de 2.959.748 euros, como consecuencia del siniestro antes descrito.

Según la demanda, un Follow Me de Aena, que guiaba el convoy, no respetó un punto de espera (stop), en el tramo A-11 de la calle paralela a la pista 33, y el Control de Movimiento de Superficie del aeropuerto tampoco gestionó correctamente el desplazamiento, ello provocó que tuviera que frenar bruscamente para dejar paso a un avión de Vueling, que circulaba por pista preferente. Por su parte, el remolque de Air Comet igualmente se vio obligado a frenar, produciéndose la colisión causante de los daños. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Majadahonda, que dio lugar al procedimiento ordinario número 960/2013.

Seguido el juicio, en todos sus trámites, se dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En ella, en síntesis, se razonó que la responsabilidad del accidente era achacable a la conducta descuidada del conductor del Follow Me de Aena y de la Torre de Control por desatender la supervisión de la operación, no obstante lo cual la acción se encontraba prescrita. No se estimó que el daño respondiese a acción culposa de clase alguna achacable a la entidad Air Comet, cuyo tractor realizaba el carreteo del avión siniestrado.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, por turno de reparto su conocimiento correspondió a la sección vigesimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia en la que ratificó la prescripción de la acción con respecto a la entidad AENA, y consideró, en contra del criterio del juzgado, que en la producción del siniestro concurrió una conducta imprudente del conductor del tractor de Air Comet.

Por otra parte, se consideró que el desplazamiento de la aeronave por las pistas del aeropuerto, en concreto entre la terminal 4 a la terminal 1, no figuraba entre las obligaciones a cargo de Air Comet, en virtud del contrato de arrendamiento de la aeronave de 26 de mayo de 2008 y, por tanto, el perjuicio causalmente derivado del siniestro se habría producido fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado entre las partes. Por ello, la responsabilidad de Air Comet sería de naturaleza extracontractual *ex* artículo 1902 del Código civil y, en consecuencia, no era aplicable la causa de renuncia de daños pactada entre las partes en el referido contrato.

El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 25 de noviembre de 2020 (Id Cendoj: 2807911001202010061) tras aplicación del artículo 1258 del Código civil y pese a que la maniobra de carreteo no estuviera expresamente pactada en el contrato de arrendamiento de aeronave, por integración del mismo, estima que el daño, en este caso, se ha producido dentro de una relación contractual, en el marco de sus propias y específicas particularidades y, entre ellas, las contempladas de la utilización del avión, aseguramiento y exclusión de los daños derivados de la pérdida de uso o daños consecuenciales.

Respecto de la referida aplicación, a nuestro juicio correcta, del artículo 1258 del Código civil, el Tribunal Supremo razonó que: *«es concorde con las exigencias del artículo 1258 del Código civil, que la arrendataria asuma el traslado del avión del lugar en donde se encontraba depositado para cubrir sus necesidades de utilización que, aunque no fuera una obligación específicamente contemplada, se deduce de la propia naturaleza del contrato suscrito. Es más la arrendataria, en*

momento alguno, cuestionó que era a su cargo el carreteo del avión, en tanto en cuanto lo llevó a efecto con sus propios medios, sin que nada hubiera alterado la normalidad contractual, sino fuera porque dicha operación de transporte se ejecutó sin el cuidado debido, lo que contribuyó a la causación del daño, objeto de este proceso, conjuntamente con la actuación concurrente de AENA, que prescribió».

Sin embargo, no es la aplicación del artículo 1258 del Código civil, al caso de Autos, la que entendemos correcta, sino la de aquellas cuestiones propias de la responsabilidad civil del arrendatario de la aeronave de conformidad con lo pactado y la legislación aplicable, lo que suscita nuestro interés y motiva nuestra atención ya que esta sentencia del Tribunal Supremo nos ofrece la oportunidad de acercarnos a cuestiones propias del Derecho de Daños que distan de tener soluciones pacíficas y unívocas en función de los correspondientes hechos del caso en cuestión, tales como, los daños consecuenciales o indirectos, como tipología o tipologías del daño resarcible, la previsibilidad como parámetro y alcance de la responsabilidad y la exoneración contractual de la misma en situaciones culposas, con la dificultad que nos ofrece la comprensión y aplicación práctica de la graduación de culpas.

De esta forma, si bien el artículo 1258 del Código civil parece como el precepto sobre el que descansa principalmente el razonamiento del Fallo, entendemos que existen dos preceptos que sin citarse en casación, deberían haber cobrado un gran protagonismo en el debate jurídico. Nos referimos, sin duda, al complicado y muchas veces denostado artículo 1107 del Código civil, así como al artículo 1102 del Código civil.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR DE BUENA FE. DAÑOS CONSECUENCIALES Y LUCRO CESANTE

Para poder entender el Fallo del Tribunal Supremo, resulta a nuestro juicio primordial, partir de una premisa obtenida en función de la actividad probatoria habida en los Autos, a saber, la existencia de culpa (no dolo) en el arrendatario de la aeronave, a la sazón, agente del daño, que incurre en responsabilidad contractual.

Es decir, el planteamiento lógico que nos hacemos es el siguiente: existe un deudor culposo (de buena fe, *ex. art. 1107.1 CC*), lo cual asumimos, (dada la dificultad con los escuetos datos de las sentencias de apelación y casación para podernos aventurar otro resultado) y ante lo que nos debemos preguntar si efectivamente responde de estos llamados «*daños consecuenciales*» e incluso del lucro cesante reclamado, ya que si llegamos a una respuesta positiva es cuando efectivamente hay que plantearse si la cláusula de exoneración de responsabilidad habida en el contrato de arrendamiento de aeronave resulta de aplicación para lo cual nos debemos aventurar también (lo que observamos, que no se discute en el caso de Autos) en la problemática de la graduación culpabilística a los efectos de la debida colación *ex. artículo 1102 del Código civil* que ha de hacerse del famoso brocardo latino «*dolo culpa grave aequiparatur*».

En primer lugar, hemos de manifestar que a nuestro juicio, el artículo 1107.1 del Código civil tiene como función determinar el daño o bien jurídico producido del que responde el deudor de buena fe, otra cuestión será si ese daño resulta imputable objetivamente a este deudor de buena fe¹.

Por tanto, es el interés del acreedor en cuanto al daño resarcible (art. 1106 CC) el que en primer lugar nos interesa en nuestro caso, atendiendo a la clásica

distinción entre daño *circa rem* o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor, su pérdida), y daño *extra rem* o daño extrínseco (daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante), ubicado en la óptica del deudor de buena fe (no deudor doloso), que es como entendemos que ha sido conceptualizado el agente productor del daño en este supuesto².

No tratamos en relación con esta sentencia del Tribunal Supremo la distinción entre daño directo y daño indirecto (no resarcible este último, al no ser consecuencia directa e inmediata, para el deudor doloso)³ por no preocuparnos en estos momentos el problema de la relación de causalidad en esos términos sino el concreto daño, resarcible, en su caso⁴.

En función de lo anterior, lo primero que debemos tratar es qué podemos entender por deudor de buena fe en los términos del artículo 1107.1 del Código civil para la ubicación dentro de dicho concepto del agente del daño en el caso de Autos.

Una conceptualización correcta con resumen de la doctrina más relevante que se ha acercado a este problema, nos la realiza DE ÁNGEL YAGÜEZ⁵ del siguiente modo: «Aunque la doctrina coincide en la opinión de que se trata de una desafortunada expresión, se suele entender que deudor de buena fe es el que incumple por culpa (v. com. arts. 1101 y 1104), por contraposición a quien lo hace con dolo o por dolo (v. com. art. 1102); así ALBALADEJO, *Derecho Civil, II* 2.^a. 211); con anterioridad, OSSORIO MORALES, *Lecciones*, 131-132; en ocasiones, la doctrina elude el problema, refiriéndose sin más al deudor de buena fe (a veces con explícita contraposición al de mala fe, CASTÁN, *Derecho Civil III*, 251)».

Por lo tanto, estimo que estamos en consideración de poder calificar al agente del daño como deudor de buena fe a los efectos del artículo 1107.1 del Código civil al ser un deudor cuya responsabilidad contractual se predica por culpa o negligencia.

El siguiente paso, de acuerdo con el razonamiento lógico propuesto, es entender de qué tipo de daños responde el deudor de buena fe, entendiéndose de forma generalizada que este tipo de deudor responde solo de daño *circa rem* o daño intrínseco (daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor, su pérdida).

En este sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶ expresan su parecer en la línea apuntada del siguiente modo: «no se debe tener en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación, y no los que la inejecución de esa obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o en sus otros bienes».

Sin duda, PANTALEÓN PRIETO nos ofrece una magnífica visión sobre los antecedentes históricos del artículo 1107.1 del Código civil que nos sirven para poder comprender el criterio de la previsibilidad del daño a tiempo de contratar como límite del daño resarcible en la responsabilidad contractual. Después de referirnos los pasajes del Digesto en los que se distinguen los daños intrínsecos indemnizables de los daños extrínsecos no indemnizables (D. 19.1.43 y D. 19.1.21.3) nos acerca a la inteligencia que al respecto realizara POTHIER en su *Tratado de las Obligaciones*⁷, cuyas ideas sin duda quedaron reflejadas en el anterior artículo 1150 del Código civil francés (actual artículo 1231-3 que prevé que el deudor solo es responsable de los daños y perjuicios previstos o que pudieran preverse en el momento de la celebración del contrato, salvo que el incumplimiento se deba a negligencia grave o dolo) y pasaron a nuestro Derecho en el artículo 1124.1 del Anteproyecto de Código civil 1881-1882 («Los daños y perjuicios de que responde

el deudor de buena fe, son aquellos que se hayan previsto o podido prever al tiempo de constituirse la obligación») del que resulta heredero nuestro artículo 1107.1 del Código civil que prevé literalmente lo siguiente: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento».

Más tarde, volveremos sobre el análisis del artículo 1107.1 del Código civil y las dos teorías que sobre su interpretación existen, pero sigamos en estos momentos con POTHIER.

En su referida obra (*Vid. op. cit.*, 94 y 95), POTHIER nos razona la necesaria previsibilidad del daño como límite de la responsabilidad contractual de la siguiente forma: 160. «No debe, sin embargo, obligarse al deudor a indemnizar al acreedor todas las pérdidas indistintamente que le ha ocasionado el incumplimiento de la obligación, y menos aún, todas las ganancias que el acreedor hubiera podido obtener si el deudor hubiere incumplido su obligación. Es necesario distinguir al respecto diferentes casos y diferentes tipos de daños y perjuicios; y es necesario, también, según los distintos casos, emplear una cierta moderación en la tasación y estimación de aquellos de los que se le hace responder.

Cuando no se puede reprochar al deudor dolo alguno, y no es sino por simple culpa por lo que no ha cumplido su obligación, sea por que se ha comprometido temerariamente a algo que no podía cumplir, sea porque se ha puesto luego, por su culpa, en situación de no poder cumplir su compromiso, el deudor no responde más que de los daños y perjuicios que se ha podido prever, al tiempo de contratar, que el acreedor podría sufrir a causa del incumplimiento de la obligación; pues se considera que el deudor no se ha obligado más que respecto a ellos».

Como afirma PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.* 1076), POTHIER sentada la previsibilidad del daño la conecta a continuación con la distinción entre los daños intrínsecos y los daños extrínsecos, para sostener que el deudor (de buena fe solo responderá de los daños intrínsecos) (traduciendo el «*rem*» de las fuentes romanas como «cosa» en el sentido de daños relativos, o no, la cosa objeto de la obligación). (*Vid. POTHIER, op. cit.*, 94 y 95), 161: «Normalmente, se considera que las partes no han previsto más que los daños y perjuicios que el acreedor, a causa del incumplimiento de la obligación, podía sufrir en relación con la cosa misma que ha sido objeto de aquella, no los que el incumplimiento de la obligación le ha ocasionado, además, en sus otros bienes. Esta es la razón por la que, en estos casos, el deudor no responde de esos últimos daños, sino solamente de los sufridos en relación con la cosa que ha sido objeto de la obligación; *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*»⁸.

Sin embargo, el propio POTHIER admite también el resarcimiento del daño extrínseco cuando este hubiera sido contemplado en el contrato (lo que MORALES MORENO, *vid. op. cit.* El incumplimiento..., denomina como «*fin de protección del contrato*»), cuando de nuevo, y de forma acertada, nos hace ver lo siguiente (*Vid. op. cit.*, 96 y 97), 162: «A veces, el deudor es responsable de daños y perjuicios sufridos por el acreedor, aunque extrínsecos; a saber, cuando parece que han sido contemplados en el contrato, y que el deudor los ha asumido, expresa o tácitamente, para el caso de incumplimiento de su obligación»⁹.

Hasta ahora y de conformidad con los antecedentes históricos del artículo 1107.1 del Código civil podemos sostener una interpretación del mismo tendente a sostener que el deudor de buena fe (culposo) solo responde del daño intrínseco y no del extrínseco salvo que este se hubiera asumido expresa o tácitamente en el contrato.

A estas alturas y antes de volcar los anteriores razonamientos a los específicos daños que se trataron en el caso de Autos, nos resta cerrar el círculo hermenéutico sobre el complicado artículo 1107.1 del Código civil, ya que como dice MORALES MORENO (*vid. op. cit.* El incumplimiento...), «El problema surge en el Código civil. El artículo 1107 I, en términos muy parecidos a los antecedentes, aunque no idénticos, acumula las formulaciones del Anteproyecto («previstos o que se hayan podido prever») y del Proyecto de 1851 («consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento»). Ateniéndonos al tenor literal de esas dos expresiones, podría pensarse que el artículo 1107 I del Código civil exige, cumulativamente, dos requisitos distintos: uno referido al interés protegido (fin de protección del contrato), que conecta, como el del Código civil francés, con la tradición histórica de tratamiento del problema y, por tanto, con la idea de POTHIER de la previsión del daño en el momento de contratar; otro referido a la relación de causalidad, que requiere la proximidad causal entre el incumplimiento y el daño».

En nuestra opinión, acierta MORALES MORENO cuando a continuación de lo anterior, nos explica su postura al respecto del siguiente modo: «Una lectura atenta del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1016 I Proyecto 1851 nos pone de manifiesto que la expresión «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento» no pretende referirse a la causación, sino al que denominamos fin de protección del contrato. GARCÍA GOYENA, como ya he señalado, no entendió adecuadamente la expresión del Código civil francés. Él mismo nos indica que las palabras utilizadas por el Código civil francés, en caso de no haber dolo del deudor, «no dan una idea clara». Por eso, sin pretender modificar la regla, propone reemplazarlas, «por las de consecuencia inmediata y necesaria, que —a su juicio— parecen equivaler a las de la ley 21, párrafo 3, título 1, libro 19, del Digesto, *utilitas quae circa ipsam rem consistit*». Y para aclarar el significado de la expresión empleada, utiliza algunos casos de este texto del Digesto. Con esos ejemplos se disipa cualquier duda.

«[C]ompré vino y no se me entregó: no se reputará daño o lucro cesante, que no habría podido venderlo y negociar con su precio, porque la ganancia es incierta y lejana, y hasta puede dejar de negociar».

«Compré trigo, y por no habérseme entregado murieron de hambre mis esclavos: yo no puedo pedir como daño el precio de ellos, sino el precio mayor que tuvo el trigo o vino desde que debió ser entregado, porque esta mayor utilidad *circum rem ipsam consistit*, y su pérdida, son una consecuencia inmediata, necesaria, inevitable del contrato; la muerte de los esclavos es una cosa *extrínseca*, accidental, ajena del contrato, y que además puede evitar».

GARCÍA GOYENA utiliza, también, un caso que aparece en D. 18.6.20:

«Por los mismos motivos se dice en la ley 19, título 7, libro 18 del Digesto (*sic*), que, siendo moroso el comprador en pagar el precio, el vendedor solo podrá pedir las *usura* o intereses, non [omne] omnino quod, mora, non facta, consequi potuit, veluti si negotiator fuerit el pretio soluto ex *mecibus*, plus quam ex *usuris* quærere potuit».

Estos ejemplos aclaran que, según la idea de GARCÍA GOYENA, la expresión, «consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato» (art. 1016 Proyecto de 1851) no pretende referirse a la proximidad del curso causal, sino expresar la exigencia de conexión entre el (fin de protección del) contrato y el daño. El lucro que se reclama, perdido por el incumplimiento, debe

ser un lucro que pertenece al objeto del contrato (*circum rem ipsam consistit*). Es «consecuencia inmediata, necesaria e inevitable del contrato». No es una «cosa extrínseca, accidental, ajena al contrato».

La expresión del Código civil, «consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», entendida de acuerdo con la que parece ser la intención de GARCÍA GOYENA que he tratado de explicar, nada tiene que ver con una exigencia de causación próxima, sino con el fin de protección del contrato. El daño «*in re ipsa*», al que se refieren los ejemplos que utiliza GARCÍA GOYENA, es consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento; no una consecuencia que solo tiene lugar en algunos casos, con algunos acreedores.

La primera fórmula del artículo 1107 I, daños «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación», se refiere igualmente al fin de protección del contrato, entendido conforme a la doctrina de POTHIER¹⁰.

El Tribunal Supremo parece seguir esta posición cuando sostiene que: «[e]l lenguaje que el Código civil emplea en dicha norma [1107 CC] no se entiende si no se relaciona con sus orígenes, pues se trata de una regla general, tomada del artículo 1150 del Código napoleónico, sobre la base de una serie de casos expuestos por el jurista POTHIER, de los que se deducía que “no se debe tomar en cuenta más que el daño sufrido respecto a la cosa o al hecho que era objeto de la obligación y no los que el incumplimiento de la obligación hubiera, además, ocasionado al acreedor en sus otros negocios o sus otros bienes, lo que el legislador ha incorporado al párrafo primero del artículo 1107 del Código civil para limitar las consecuencias indemnizatorias en el caso del deudor de buena fe”». (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2015 de 29 de junio de 2015, RJ 2015, 2552, núm. rec. 1553/2013).

En suma, las dos reglas del artículo 1107.1 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos se basan en la previsibilidad del daño resarcible, normalmente referido al daño intrínseco, o *circa rem* (salvo el caso de daño extrínseco *extra rem* asumido expresa o tácitamente por el deudor en el contrato) y no a la proximidad causal como requisito exigible del daño resarcible.

Como decíamos nos sorprende que en el caso de Autos no se haya discutido la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil en casación, por lo que nosotros vamos a realizar la ficción de aventurar el resultado del *quantum respondeatur* del caso de Autos si esta norma jurídica hubiera sido aplicada, como de hecho opinamos que así debiera haber sido.

Para ello hemos de partir de la sentencia de apelación, o sea, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2017, Secc. 25, (AC 2017, 1105), que reconoció indemnización al acreedor del daño, por conceptos tales, como lo que denomina «daños consecuenciales» y por lucro cesante, FJ. 15.º:

«DECIMOQUINTO

— Sobre su valoración económica se reclaman 1.554.292 € por sobrecostes soportados por el demandante al alquilar aviones de otras compañías para realizar los vuelos comprometidos según contratos; por recolocación de pasajeros y por tripulación. El segundo concepto e importe reclamado por lucro cesante, 2.008.063 €, corresponde a los días de paralización del avión menos aquellos en que se recurrió a vuelos charter de otras compañías (informe ACCURACY). De contrario se valoraron los daños en 1.429.216,35 € (informe ADDVALORA) aunque se minoraron hasta 1.320.181,04 € carentes de explicación a criterio del apelante.

(...)

DECIMOCTAVO

— Así las cosas, la pérdida de horas de vuelo debe reducirse a las correspondientes de los vuelos que se suspendieron. En consecuencia consideramos aplicable la valoración de 175.459,50 € del informe de D. Jorge teniendo en cuenta además que tampoco queda acreditada la ocupación del 100% de los asientos. El total importe, pues, a indemnizar será $1.554.292 - 62.040,62 + 175.459,50 = 1.667.710,88$ € frente a la cantidad reclamada de 2.959.748 € de principal (RESUMEN, página 41 de la demanda).

La sentencia de casación, cuando estima el recurso, sin embargo, habla solo de los denominados como «daños consecuenciales», sin hacer mención al lucro cesante (lo que no comprendemos) que también se concedió en la sentencia de apelación, cuando se refiere del siguiente modo (FJ núm. 5): «Los daños materiales sufridos en el casco del avión ya fueron resarcidos a la demandante y no son objeto de este proceso. Los reclamados tienen su origen en la pérdida experimentada por la necesidad de sufragar los gastos derivados de reemplazar el avión siniestrado durante el tiempo muerto de su reparación. Ahora bien, los mismos fueron excluidos de las obligaciones de resarcimiento económico entre las partes, por los eventuales daños que se podrían originar en ejecución del contrato de web lease pactado, que permitía a Air Comet explotar el avión de Iberworld».

Por lo tanto, el filtro del artículo 1107.1 del Código civil que entendemos aplicable a la responsabilidad contractual y no a la extracontractual, ni siquiera por analogía¹¹, debiera haber aflorado en casación una vez que uno de los motivos esgrimidos para que se casara la sentencia condenatoria de apelación era la aplicación del artículo 1258 del Código civil, o sea, la calificación de la responsabilidad como contractual (si bien, a los efectos de hacer valer la cláusula contractual de limitación de responsabilidad, como veremos con posterioridad).

Sentado lo anterior y con el propósito que nos ocupa, ¿qué es un «daño consecencial»?¹². En realidad, es un concepto ajeno por completo a nuestro Código civil y no obedece más que a la criticable actitud de importar conceptos jurídicos extraños a nuestra práctica en determinadas operaciones comerciales que implica que en muchas ocasiones no se sepa siquiera de lo que se está hablando. Con razón, en este caso, CARRASCO PERERA cuando analiza las cláusulas de renuncia por daños consecuenciales (*Vid. op. cit.* Sobre la renuncia...) nos dice lo siguiente: «...Si son sinceros, ni las partes ni sus respectivos asesores saben positivamente a qué están renunciando. Intuyen que la cosa tiene que ver con la pérdida de beneficios, quizá también con los “daños por contagio...”».

Por ello, no nos proponemos ofrecer un concepto de daño consecencial por carecer de interés para nuestro propósito, sino que desde lo que fue denominado en el caso de Autos «daños consecuenciales», delimitar si efectivamente los mismos deberían haber sido resarcidos o no desde la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil, siendo calificados como tales: sobrecostos soportados por el demandante al alquilar aviones de otras compañías para realizar los vuelos comprometidos según contratos; por recolocación de pasajeros y por tripulación, o sea, los gastos derivados de reemplazar el avión siniestrado durante el tiempo muerto de su reparación.

O sea, preferimos delimitar la calificación de dichos «daños consecuenciales» desde la tradición histórica del artículo 1107.1 del Código civil, es decir, desde la expuesta previsibilidad del daño y su conexión con la distinción romanística del daño intrínseco (*circa rem*) y del daño extrínseco (*extra rem*), y si por daño intrínseco que es el normalmente daño resarcible por el deudor de buena fe (culposos) hemos de entender el daño en una cosa objeto de la obligación, su disminución de valor, su pérdida), podemos llegar sin dificultad a poder afirmar que los denominados «daños consecuenciales» en la instancia y casación no deberían haber

sido resarcibles al ser extraños a la cosa («*rem*») propiamente dañada y objeto del contrato de arrendamiento (aeronave), de ahí que mediante la aplicación de este primer límite de responsabilidad debiera haber bastado, a nuestro juicio, para la exención de responsabilidad por este concepto, sin tener que entrar al análisis de la cláusula de limitación de responsabilidad que obviamente solo debería hacerse si existe responsabilidad resarcible, admitiendo la validez inicial del pacto de la misma, *ex. artículo 1255 del Código civil*.

Pero, ¿qué ocurriría con la otra partida del daño resarcible que fue concedida por la Audiencia Provincial y que ni siquiera es mencionada en la sentencia de casación? Nos estamos, refiriendo al lucro cesante. En este supuesto, la respuesta no es tan clara, a nuestro juicio, que para los denominados «*daños consecuenciales*».

Si como hemos expuesto, por daño *extra rem* o daño extrínseco entendemos que son los daños ulteriores o daños en otros elementos del patrimonio del perjudicado, incluido el lucro cesante, entonces estos, en principio, no serían objeto de resarcimiento, según los propios ejemplos traídos de POTHIER y que claramente han de servir para interpretar el artículo 1107.1 del Código civil a la luz de sus antecedentes históricos, como hemos señalado.

Sin embargo, no es menos cierto que el propio POTHIER admite la posibilidad de resarcimiento del daño extrínseco cuando este haya sido aceptado de forma expresa o tácita en el propio contrato, o sea, se hayan previsto o hayan podido prever, en los términos del artículo 1107.1 del Código civil, y ello, pese a los ejemplos que nos ofrece POTHIER, resulta tarea harto complicada determinarla.

De nuevo, acudimos a MORALES MORENO (*vid. op. cit.* El incumplimiento...) con quien igualmente coincidimos que la mera previsibilidad no es suficiente para efectuar la imputación del daño sino que el fin de protección del contrato nos obliga a algo más, o sea, a la utilización de criterios objetivos de imputación¹³, quien nos ofrece criterios a seguir al respecto como son los del tipo contractual utilizado, la interpretación correctora del contrato mediante el recurso a los usos del tráfico. En esta tarea, el propio MORALES MORENO nos dice, por ejemplo, que, si el arrendamiento tiene como objeto un bien destinado para un uso comercial, ha de ser resarcible el lucro cesante en esa actividad debida al incumplimiento del arrendador. Así, en nuestra opinión, la circunstancia de que ambas partes litigiosas fueran compañías aéreas y conocedoras de los usos que la una y otra efectuarían del objeto del arrendamiento (aeronave) suponen a nuestro juicio la aceptación tácita del daño extrínseco consistente en un lucro cesante propio de la cosa misma dañada (aeronave), siempre que lo mismo pudiera derivarse igualmente de los programas de vuelo previstos y previsibles de la aeronave objeto del arrendamiento de temporada (*wet lease*), lo que así creemos sin más datos al efecto, y de ahí que este hubiera de ser resarcible, en principio, en el caso de Autos, puesto que sea para esta categoría de daño resarcible (daño extrínseco *extra rem*, aceptado expresa o tácitamente por las partes) del cual se puede predicar su resarcimiento a este específico deudor de buena fe (culposo) para la que realmente nos tendríamos que plantear la aplicabilidad del artículo 1102 del Código civil al caso de Autos, una vez realizado el filtro del artículo 1107.1 del Código civil.

III. LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En el ámbito de la debida aplicación del artículo 1102 del Código civil (proceso del que también nos deja huérfanos la sentencia de casación) a la cláusula

de limitación de responsabilidad por pérdida de uso o daño consecuencial que convinieron las partes, hemos de partir que en nuestro ordenamiento jurídico, (con carácter general, ya que no siempre es así ¹⁴) la culpa o negligencia grave en el incumplimiento de obligaciones contractuales se equipara al dolo según el brocardo «*culpa lata dolo aequiparatur*»—. Esta equiparación es afirmada de forma casi unánime y reiterada por la jurisprudencia y por la doctrina. Y, en su consecuencia, se aplica idéntico régimen de responsabilidad a quien incumple un contrato mediando dolo o culpa grave. De tal modo que las cláusulas de limitación de responsabilidad no son aplicables en supuestos de incumplimientos doloosos, tampoco lo son en los casos de incumplimientos gravemente negligentes.

En lo que respecta a la jurisprudencia y sobre la referida equiparación, dejamos citadas las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992 (RJ 1992, 6502) (en la que expresamente se equipara la culpa lata al dolo), 18 de junio de 1990 (RJ 1990, 4764), 20 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2794) y 20 de diciembre de 2003 (RJ 1993, 10100)¹⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875 (J.Civ., tomo XXXII, 1875, núm. 271) ya razonó que: «*Considerando que es ineficaz para eximirse de la obligación contraída la advertencia ó protesta que hizo al darle el encargo, diciendo que no respondía de cualquier desgracia, porque el extravío de la cantidad no se debió a caso fortuito, ni á desgracia alguna inevitable, sino que, por el contrario, fue efecto de su incuria, abandonado en el carruaje la cartera [...] sin haber tomado antes las precauciones necesarias ni guardado en el bolsillo la llave de la cartera que contenía el dinero encomendado á su custodia, todo lo cual le coloca en el caso de prestar la culpa lata, respondiendo en su virtud del daño causado por su negligencia supina*».

VERDA Y BEAMONTE¹⁶, en un trabajo sobre el tema con abundante recurso doctrinal ¹⁷, afirma contundentemente que: «Nos parece indudable que, tal y como hoy sostiene la doctrina mayoritaria, las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa grave (la tradicionalmente denominada «culpa lata») son inválidas. Ciertamente, en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de lo que acontece en el italiano (cfr. art. 1.229 CC) o en el suizo (cfr. art. 100 del Código de las Obligaciones), no existe un precepto que expresamente sancione la nulidad de tales cláusulas. No obstante, su nulidad puede fundamentarse en la consideración de que son contrarias al orden público.

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

Lo anterior nos lleva también a la necesidad de entender qué se entiende por «culpa lata» o negligencia grave, a los efectos de esta aplicabilidad del artículo 1102 del Código civil. Para ello, autores como MORALES MORENO han hecho un análisis de este concepto desde la perspectiva histórica del mismo, ¹⁸ que nos ayudan a la comprensión del concepto, por lo que podemos decir en definitiva que la culpa lata es la negligencia excesiva o grosera, consistente en no hacer lo que todos hacen o no hacer lo que todos comprenden. Los MAZEAUD¹⁹ dicen que «la culpa grave es una culpa no intencional, pero particularmente grosera. Su autor no ha querido realizar el daño, pero se ha comportado como si lo hubiera querido; era preciso no comprender *quod omens intelligunt* [lo que todos comprenden], para obrar como él lo ha hecho sin querer el daño»²⁰.

En nuestro caso, no tenemos constancia de que se hubiera incorporado al contrato entre las partes litigiosas la cláusula general del contrato de handling elaborado por la IATA, sin que tengamos datos para podernos aventurar en una labor de análisis del control de incorporación del referido clausulado general, por lo que con menos razón se puede argumentar la equiparación entre culpa lata y culpa consciente (término más común en el Derecho Penal) que alguna sentencia ha realizado cuando ha analizado la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad del empresario de handling —*vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004 (AC 2004, 1583)—, donde se ha estimado tal identidad sobre la conexión que dicho clausulado existente entre la unión de los conceptos «*imprudente*» y «*a sabiendas*».

La descripción de la negligencia se realiza en la sentencia de casación del siguiente modo:

«Al respecto se razonó que la imprevisibilidad del frenazo o detención brusca o inadecuada del Follow me no es una categoría absoluta, pues en la serie de factores desencadenantes del siniestro no se puede ignorar la amplia visibilidad de la que se disponía desde el tractor para apercibirse de la salida del avión de Vueling y, además, se había rebasado un punto de espera intermedio sin que el Follow me parase. Se estimó que si era una señal de obligado cumplimiento y este último vehículo no se detuvo, tal circunstancia pudo advertirse por el conductor del tractor, que circulaba detrás, por más que se hicieran indicaciones manuales de continuación.

La señalización del punto de espera estaba ahí, sin que su observancia dependa de criterios subjetivos, ni pueda sustituirse por razones de confianza fundadas en la guía del convoy. Se generó una situación de riesgo al que no fue ajeno el conductor del tractor de Air Comet, que realizaba la operación de carreteo».

De nuevo, la dificultad de categorizar y graduar la culpa sin más datos del caso de Autos que el relato de la negligencia que efectúa el Tribunal Supremo resulta harto complicado, pero de lo expuesto parece efectivamente que si bien es cierto que puede apreciarse la negligencia del agente del daño, no es menos cierto que la misma no pueda calificarse de grave o lata cuando pese a que tuviera visibilidad para haber evitado la colisión resulta que se le hicieron señales de continuación por el vehículo que le precedía, lo que implica a nuestro juicio la ausencia de gravedad en la negligencia cometida, sin que pueda apreciarse la infracción de la diligencia media exigible que hubiera desempeñado otro agente del daño de la misma profesión.

A lo anterior, nos puede ayudar el concepto de culpa grave adoptado en alguno de los países donde sí se ha recogido positivamente la graduación de culpas, como por ejemplo, en el Código civil de Chile, donde en su artículo 44 se refiere a la culpa lata del siguiente modo: negligencia grave o culpa lata: consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios (art. 44.1° del CC), esta clase de culpa es la que impone el cuidado menor del deudor.

Este concepto entronca bastante con el que se ha venido manejando en nuestro Derecho Histórico cuando se ha entendido necesario para presenciar la culpa grave la desatención al cuidado y diligencia que todos los hombres, aun los menos solícitos, suelen poner en sus cosas o negocios (*Vid.* cita de ESCRICHE, por MORALES MORENO, El dolo... 606) según el criterio medio de diligencia que pueden desempeñar los hombres de la misma arte o profesión.

En suma, asumiendo la inexistencia de culpa grave, es cuando podemos finalmente dar la razón al Tribunal Supremo sobre la validez de la exoneración de responsabilidad pactada para el caso del lucro cesante extrínseco resarcible

por su previsibilidad en este supuesto (art. 1102 CC), puesto que como habíamos dicho la misma exoneración de responsabilidad no sería necesaria para el daño extrínseco («consecuencial») al no ser resarcible este último por el deudor de buena fe (culposos, ex. art. 1107.1 CC).

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1875
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990
- Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1992
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2003
- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2005
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 362/2015 de 29 junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2020
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de septiembre de 2002
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de mayo de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2017

V. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*, Thomson Civitas, 2017.
- Sobre la renuncia de exigir responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales. *GAP*. Diciembre de 2018.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ. Comentario al Código civil. Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil II*, 7.^a ed., Madrid, 1989, página 229.
- LLAMAS POMBO. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, 2013.
- MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda.
- MORALES MORENO. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *Anuario de Derecho Civil*, III, 1982.
- *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.
- PANTALEÓN PRIETO. El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate). *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.
- POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.
- VERDA Y BEAMONTE. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.
- YZQUIERDO TOLSADA. Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del Tribunal Supremo. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, mayo-agosto de 2007.

NOTAS

¹ *Vid.* sobre el particular, PANTALEÓN PRIETO. «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)». *Anuario de Derecho Civil*, T. III, 1991.

MORALES MORENO. *El incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Ed. Thomson-Reuters, Civitas, 2010.

² Como dice MORALES MORENO (*vid.op. cit.*): «El supuesto de dolo previsto en el artículo 1107 II podemos definirlo así. Es un acto de incumplimiento del contrato, causante de daños a bienes o intereses del acreedor que se sitúan más allá del interés protegido por el contrato (art. 1107: el fin de protección del contrato), y que por la intención del sujeto, que directamente pretende causar un daño al otro contratante, o por la propia antijuridicidad del acto (acto contrario a una norma o las exigencias de la buena fe) justifica una imputación de responsabilidad al deudor fundada en la ilicitud de su conducta y no exclusivamente en el hecho del incumplimiento».

³ Coincidimos con la depuración conceptual que realiza LLAMAS POMBO cuando razona lo siguiente: «Precisamente por este motivo, no debe ser confundida la distinción entre interés *circa rem* y *extra rem* que sustenta a su vez la dicotomía daño intrínseco-daño extrínseco), con aquella otra que separa el daño inmediato o directo (el que es consecuencia inmediata y directa del incumplimiento obligacional), del daño mediato o indirecto (el que es consecuencia mediata de dicho incumplimiento). Y ello porque mientras la distinción que aquí nos ocupa hace efectiva referencia a los intereses que pone en juego el acreedor; según se centren en la prestación misma, o en ulteriores bienes y valores patrimoniales o extrapatrimoniales, la que separa daño mediato e inmediato en realidad no tiene que ver con la esencia de los daños sino con la relación de causalidad; se trata de un criterio distintivo, en efecto, que atiende a la cercanía-lejanía metafísica existente entre el incumplimiento y el daño. Y ello ninguna utilidad tiene a los efectos de distinguir equivalente pecuniario de indemnización. El incumplimiento del deudor puede causar directa e inmediatamente daños tanto al interés *circa rem* del acreedor como a su interés *extra rem*; y aunque probablemente el llamado daño indirecto quizá incida casi siempre sobre dicho interés *extra rem*, lo cierto es que nada impide que recaiga sobre el otro.

En suma, no nos interesa aquí especialmente la distinción daño directo-indirecto, en el sentido causal respecto del incumplimiento, sino la referida al interés *circa rem* o *extra rem* afectado por dicho incumplimiento».

Vid. LLAMAS POMBO. Tipología de los intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 45, 2013, 9-24.

⁴ En nuestra doctrina consideramos que ha sido PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*) quien ha ofrecido con gran acierto una correcta interpretación del artículo 1.107.2 del Código civil en función de sus antecedentes históricos, con crítica de la redacción ofrecida por GARCÍA GOYENA al problema en el artículo 1.016 del Proyecto de 1851, al proponer lo siguiente:

«El artículo 1107 del Código civil sigue el modelo del Anteproyecto 1882-1888, bien que añadiendo al final del párrafo primero las palabras «y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Como una interpretación literal de su párrafo segundo es totalmente rechazable, por apoyo que pueda encontrar en los antecedentes legislativos narrados, cabe proponer las dos interpretaciones correctoras siguientes:

i) Partir de que la expresión «consecuencia necesaria» del párrafo primero de dicho artículo pretende limitar la responsabilidad del deudor no doloso a los daños intrínsecos o *circa rem* —los extrínsecos no serían resarcibles, aunque previsibles al tiempo de contratar—, e interpretar las palabras «todos los que conocidamente se deriven» del párrafo segundo del artículo 1107 como «todos los que sean consecuencia inmediata y directa», en el sentido de los artículos 1151 del Código civil francés y 1223 del vigente Código civil italiano.

ii) O mantener que, cuando el artículo 1107. II del Código civil dice que el deudor doloso habrá de responder de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación», no ha querido sino dejar claro que se excluye para dicho deudor el límite de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar; pero no, el criterio de que el daño tenga que ser «consecuencia necesaria» de la falta de cumplimiento, entendi-

da ahora esta expresión como equivalente a la «consecuencia inmediata y directa» de los Códigos Civiles francés e italiano.

Con ambas interpretaciones correctoras se llega a la que estimamos única conclusión razonable: el deudor doloso deberá indemnizar los daños que cabría imputar objetivamente a su conducta, de no haber mediado un contrato entre él y el acreedor dañado, esto es, de haberse tratado de un caso de responsabilidad extracontractual dolosa. Y si, desde mi tesis doctoral, he preferido la segunda de ellas, es solo porque armoniza nuestro Código con los más característicos de la “familia latina”, también por lo que respecta a la responsabilidad del deudor no doloso.

De esta forma, entendemos también que la interpretación del artículo 1107.2 del Código civil conforme a sus antecedentes históricos supone ciertamente la eliminación de la regla de la previsibilidad que se establece para el deudor no doloso, es decir, el resarcimiento de todos los daños *circa rem* (intrínsecos) y de los daños *extra rem* (extrínsecos), ¿pero se resarcan todos estos daños?, evidentemente no, solo los que sean consecuencia necesaria o directa e inmediata de la falta de cumplimiento, es decir, los objetivamente imputables.

Más recientemente MORALES MORENO (*vid. op. cit.*) expone la solución a la imputación objetiva que ha de ser objeto de razonamiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y en el del artículo 1107.2 del Código civil, sobre la base de la teoría de la adecuación, de la siguiente forma:

«A mi modo de ver, la teoría de la adecuación debe ser hoy el punto de partida para resolver los problemas de imputación objetiva en la responsabilidad extracontractual y en la del artículo 1107 II. Dicha teoría se asienta en unas bases dogmáticas razonables de tratamiento de tales problemas, y no existen razones de tipo valorativo que justifiquen que se aparte de ella nuestro ordenamiento. La teoría de la adecuación permite utilizar una regla suficientemente amplia para operar con ella de manera general, a diferencia de otros criterios de imputación objetiva que se limitan a ciertos cursos causales en supuestos concretos.

El artículo 1107 II del Código civil hemos de referirlo al criterio de la adecuación. No hemos de encontrar en su texto graves obstáculos para ello, sin entendemos que «conocidamente» no significa «probablemente», aunque por supuesto los daños deban ser probados, sino daños cuya causación es conocida (cuando no querida) por el deudor incumplidor, en el momento de ejecutar la acción dolosa, así como daños cuyo conocimiento le puede ser imputado, conforme al conocimiento de un observador imparcial».

Es decir, con ello MORALES MORENO entiende que el deudor doloso solo responde de los daños cuya causación es conocida en el momento de ejecutar la acción dolosa, o bien, de los que le puedan ser imputados según el conocimiento de un observador imparcial, o sea, el deudor responde de los daños que por el conocimiento de la situación particular tenga prevé que causará en el acreedor del daño, o bien, los que le pudieran ser imputados objetivamente según el juicio cognoscitivo de un tercero imparcial.

Por tanto, la fórmula propuesta de forma correcta en nuestra opinión es la imputación objetiva —en este caso— al deudor doloso del correspondiente daño a efectos de su resarcimiento, distinguiéndola de la mera causalidad ofrecida por el conocido principio «*causa como condición*» asentado en la llamada teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual la causa es la condición *sine qua non* del daño, de tal forma que de no haber acaecido tal causa no se hubiera producido el correspondiente daño.

⁵ De ÁNGEL YAGÜEZ. *Comentario al Código civil*. Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II, 54.

⁶ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil II*, 7.^a ed., Madrid, 1989, página 229.

⁷ POTHIER. *Tratado de las Obligaciones*. Barcelona, imprenta y litografía, J. Roger, 1839.

⁸ POTHIER nos ilustra este razonamiento con los siguientes ejemplos: «Quien vende un caballo y no lo entrega, deberá indemnizar al comprador el mayor precio que le haya costado adquirir un caballo semejante: se trata de un daño relacionado solo con la cosa objeto del contrato, y que pudo prever, al estar el precio de los caballos, como el resto de los bienes, sujeto a variaciones; pero si el comprador fue un canónigo, al que no le entrega del caballo hizo imposible llegar a tiempo a obtener los grandes rendimientos de su canonjía, no responderá al vendedor, en principio, de tales perjuicios. Quien alquila una casa que creía suya por 18 años, si a los 10 ó 12 años el arrendatario es vencido en evicción por el

verdadero propietario, deberá indemnizar al arrendatario los gastos de mudanza y el mayor precio que haya que pagar por alquilar otra casa durante el periodo de tiempo restante; pero no, en principio, los que le haya reportado el cierre del negocio que hubiera instalado en la casa tras el arrendamiento, ni mucho menos los derivados de la rotura de algunos muebles preciosos durante la mudanza».

⁹ Así explica, POTHIER, que el vendedor del caballo habría de indemnizar al canónigo también los rendimientos perdidos, si en el trato existiese una cláusula expresa que contemplara la finalidad de la compra de poder llegar a tiempo a la canonjía. Y que habría que indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados del cierre del negocio, si la casa le hubiese sido alquilada en su condición de comerciante, o para hacer una posada.

En el número 163, POTHIER, nos sigue ejemplificando su razonamiento sobre esto último (posibilidad de indemnización del daño extrínseco) cuando nos dice lo siguiente: «Quien vende de buena fe unas vigas de madera defectuosas, provocando así la caída del edificio que el comprador apuntaló con aquellas, no responde de los daños consistentes en la destrucción del edificio, salvo que (se trate de persona a quien, por su profesión de carpintero, no quepa excusar el desconocimiento de los vicios de las vigas, y que la finalidad de las vigas compradas hubiese quedado clara al contratar. Aún en tal caso si el comprador las utiliza para apuntalar un edificio diferente y mayor que el contemplado al tiempo de celebración del contrato, el vendedor, responderá, como máximo, hasta una suma igual al valor del edificio más pequeño, que fuera el contemplado. Salvo que otra cosa se pacte expresamente, la responsabilidad del vendedor de las vigas se extenderá solo al valor del edificio, y no al de los muebles que hubiera en su interior y que resultasen destruidos junto a aquel, porque lo normal es desamueblar las casas que se apuntalan. Por el contrario, cuando una vivienda se derrumba por vicio de construcción, el constructor no solo habrá de indemnizar al propietario el valor de la casa, sino también el de los muebles que hubiera en su interior y no se hubiesen podido salvar».

¹⁰ Por el contrario, CARRASCO PERERA sostiene que ambas expresiones del artículo 1107.1 del Código civil («previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación») y («consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento», son cumulativas, sosteniendo que: «Ya conocemos el tenor del artículo 1107 del Código civil. Como se desprende de su texto, existen tres criterios, distintos y parcialmente cumulativos, de exclusión de daños que hubieren de ser resarcidos por el deudor que incumple. Primero, solo se responde de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación. Segundo, solo se indemnizan los daños que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. Tercero, el deudor doloso no resarcirá los daños que conocidamente (no) se deriven de la falta de cumplimiento. Los dos primeros son cumulativamente aplicables cuando el deudor incumplidor es de «buena fe» (es decir, no procedió con dolo), y solo responderá de los daños previstos/previsibles y que sean, además, consecuencia necesaria del incumplimiento. En definitiva, aquellos que estuvieran dentro de la órbita del contrato o del fin de protección de intereses amparados por el mismo. El tercer criterio es la medida de imputación de daños al deudor de mala fe, que responde de todos los que conocidamente se deriven del incumplimiento. En consecuencia, y por exclusión, el deudor de mala fe respondería también de daños que no fueren previsibles y no estuvieran vinculados por una relación causal adecuada con el incumplimiento».

Para CARRASCO PERERA, la regla de la previsibilidad juega como limitación de responsabilidad, cuando razona lo siguiente: «Si se consideran los anteriores ejemplos y reglas contenidas en el Corpus, y se proyectan sobre el artículo 1107 del Código civil, se comprende que la regla finalmente asumida por el legislador español tenía como propósito la exclusión de responsabilidad del deudor (al menos del deudor no doloso) en una serie de daños típicos subsiguientes a un incumplimiento contractual. La regla de la previsibilidad significaría que, por principio, el deudor que incumple sin dolo no respondería de las siguientes contingencias dañosas: 1) el lucro cesante consecuencial (*extra rem*) sufrido por no haber podido negociar el acreedor con la cosa no entregada o que padece de defectos; 2) los daños consecuenciales producidos en otros bienes del deudor como consecuencia del contagio o del efecto destructivo, o por la falta de disponibilidad del bien adquirido, que padece de defectos o que no se entrega por el deudor; 3) los daños producidos por la falta

de liquidez del vendedor que no recibe el precio convenido; 4) eventualmente, el mayor coste de cobertura o mayor lucro cesante que el comprador sufre cuando la cosa de la que es privado ha aumentado de precio de forma extraordinaria). Como puede observarse, todas estas reglas se construyen sobre la hipótesis de contratos de cambio típicos (venta, alquiler) y el incumplimiento que dispara las contingencias negativas consiste en la no entrega de la cosa o del precio o en la existencia de defectos ocultos».

«...Diremos que “consecuencia necesaria” de un incumplimiento imputable al deudor es el daño o la serie concreta de sucesos dañosos que constituyen la realización típica del riesgo creado por la conducta ilícita en que consiste la falta de cumplimiento. Tratándose de Derecho de contratos es la propia obligación contractual a la que realiza esta selección de riesgos, mediante el expediente de delimitar cuáles son los intereses del acreedor que ha de salvaguardar el deudor en su actividad de prestación. La regla se formula en este ámbito de la siguiente forma. No es resarcible el daño a un interés del acreedor cuando la tutela o preservación de este interés especialmente lesionado no era el objeto de protección del contrato, de la cláusula o de la norma que se dicen incumplidos por el deudor, y fuente de la cadena de daños resarcibles. El daño que no es realización del riesgo típico de la conducta incumplidora es un daño que no corresponde a la función protectora de la regla que aquel incumplimiento conculca, de modo que la producción del daño real no habrá sido incrementada en su probabilidad por el incumplimiento. Sustancialmente, los criterios de riesgo típico y de función de protección de la regla (infringida) conducen a los mismos resultados, y se pueden utilizar indistintamente», por lo tanto, CARRASCO ubica esta frase del artículo 1107 del Código civil en la adecuación causal del daño. CARRASCO PERERA. *Derecho de Contratos*, Thomson Civitas, 2017.

¹¹ De nuevo, con acierto, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.*, 1030 y 1031) sobre la base del razonamiento de la previsibilidad contractual donde debe residir la aplicación del artículo 1107.1 del Código civil, considera la inaplicación del mismo a la responsabilidad extracontractual cuando razona lo siguiente: «Además, nuestra explicación jurídico-económica concurre con los antecedentes históricos y el ejemplo de Derecho comparado para no permitir duda alguna sobre lo acertado de negar que la proposición primera del artículo 1107.1 del Código civil pueda ser aplicada por analogía en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Y el tenor literal de dicha proposición también ayuda: un juicio de previsibilidad solo es realizable, lógicamente, situándose en un momento temporal anterior al del acaecimiento de aquello de cuya previsibilidad se trata. Pues bien, de querer aplicar a la responsabilidad extracontractual la norma en cuestión, el momento en el que efectuar el juicio de previsibilidad tendría que ser, cabalmente, el de la producción del daño, que es el momento de constitución de la obligación de indemnizar; y el daño es, precisamente, aquello de cuya previsibilidad se trata».

¹² *Vid.* CARRASCO PERERA. «Sobre la renuncia de exigir responsabilidad por daños indirectos y consecuenciales» *GAP*. Diciembre de 2018.

¹³ Para ello, hemos de recordar que las partes en litigio pactaron en el correspondiente arrendamiento de aeronave según refleja la propia sentencia de casación que: «*Ninguna de las partes será responsable por la pérdida de uso o daños consecuenciales, derivados de los anteriormente mencionados o de otros servicios bajo este Contrato*».

¹⁴ *Vid.* sobre el particular y en ámbito del contrato de seguro, YZQUIERDO TOLSADA. Daños causados intencionadamente y seguro de responsabilidad civil: las modificaciones legislativas y la anunciada desobediencia del Tribunal Supremo *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 71, mayo-agosto de 2007.

Asimismo, PANTALEÓN PRIETO (*vid. op. cit.* 1034) cuando concluye lo siguiente: «De esta explicación pueden extraerse dos importantes consecuencias: a) Los incumplimientos a los que puede aplicarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1107 del Código civil son solo los incumplimientos dolosos en sentido estricto (conscientes y voluntarios), sin que quepa incluir los provocados por culpa lata del deudor».

¹⁵ En el sector que nos ocupa, el propio artículo 121 de la Ley de Navegación Aérea (1960) equipara el dolo a la culpa grave del siguiente tenor: «*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 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 estos obraban en el ejercicio de sus funciones».

¹⁶ VERDA Y BEAMONTE. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 4, 2005, 48-49, Universidad Diego Portales Santiago, Chile.

¹⁷ VERDA Y BEAMONTE recoge la siguiente doctrina: «En la actualidad, la tesis de que no cabe exención de responsabilidad por culpa lata está ampliamente asentada en la doctrina. Cfr., en tal sentido, ÁLVAREZ LATA (n. 1), 159; DÍAZ ALABART (n. 1), 580; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), 202; GARCÍA AMIGÓ (n. 1), 146-147; JORDANO RAGA (n. 1), 646-647, MONTÉS PENADÉS (n. 1), 152; SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), 123, TORRALBA SORIANO (n. 1), 514. Es aislada la opinión contraria de CARRASCO PERERA (n. 1), 472, quien considera que: «Cabría exclusión convencional de la culpa lata siempre que el aumento de riesgo que sufre el acreedor por consecuencia de la mayor irresponsabilidad del deudor haya podido ser “vendido” al deudor, bien mediante un mayor rigor en su contraprestación, bien mediante una rebaja de la prestación del acreedor»; y concluye: «No hay ninguna razón válida que impida al deudor “comprar” una mayor exoneración de riesgos. Naturalmente, es un problema de indagación de la causa negocial concreta».

VERDA Y BEAMONTE también cita a los siguientes autores: CASTÁN TOBEÑAS (n. 1), 171, afirma que: «publicado el Código civil, como sus disposiciones no recogen ni el nombre ni el concepto antiguo de la culpa “lata”, ni contiene prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa en cualquiera de sus grados (silencio expresivo, al lado de la declaración que respecto al dolo se hace en el art. 1102), por más que la palabra “igualmente”, puesta en el artículo 1103, puede ser origen de dudas, opina MANRESA que cabe la renuncia de esa acción siempre que la culpa, por extremada que sea, no deje de ser tal “culpa” y se convierta en “dolo”» (idéntica posición se mantiene en la edición decimoquinta de la obra, de 1988, puesta al día por G. GARCÍA CANTERO). Esta tesis ha sido abandonada en la actualidad por la práctica totalidad de la doctrina. Parece que hay que interpretar que BADOSA COLL, (n. 1), 39, se muestra contrario a la admisibilidad de un pacto de exoneración por culpa lata, cuando, al preguntarse sobre: «si se puede eliminar totalmente la responsabilidad por culpa mediante la renuncia anticipada de la acción», responde lo siguiente: «la respuesta la da precisamente el 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»; y, más adelante, añade: «suprimir totalmente el deber de diligencia equivale a que el deudor carezca de toda carga en orden al cumplimiento y, por tanto, a la legitimación del dolo; en conclusión la impunidad de la culpa debe hacerse manteniendo un mínimo de deber de diligencia». Más claramente, DELGADO ECHEVARRÍA (n. 1), 239, afirma que la prohibición de renuncia a la acción del artículo 1102 del Código civil: «comprende también, según amplio consenso doctrinal, la culpa grave. No es razón para negarlo el argumento “a contrario” del artículo 1103; en último término, el pacto que pretendiera exonerar de la culpa grave sería contrario al orden público (art. 1255)». DÍAZ ALABART (n. 1), 580, al tratar de la cuestión de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad por culpa lata, se pronuncia en los siguientes términos: «Contra el orden público parece desde luego, un pacto que en el fondo deja el cumplimiento de una obligación a la voluntad de uno de los contratantes. Prohibición que también recoge específicamente el artículo 1256 del Código civil». DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (n. 1), 202, en evidente referencia a la culpa lata, observan que: «las cláusulas que supongan renuncia a exigir en todo caso la responsabilidad por culpa debe estimarse nulas por inmorales u opuestas al artículo 1256, pues el cumplimiento de la obligación quedaría a voluntad del obligado». GARCÍA AMIGÓ (n. 1), 146-147, afirma que: «la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares, y no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa —como en el caso de dolo—, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materia de orden público». SERRA RODRÍGUEZ (n. 1), 123, al comentar el alcance del artículo 1104 del Código civil,

expone que; «a pesar de esta norma que concede plena eficacia a los pactos modificativos de los modelos legales de diligencia, esta exclusión es rechazable respecto de esa diligencia mínima exigible al individuo medio ("mínima diligencia"), y cuya inobservancia da lugar a lo que tradicionalmente se ha considerado culpa grave ("culpa lata")».

¹⁸ MORALES MORENO. El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *Anuario de Derecho Civil*, III, 1982.

¹⁹ MAZEAUD, H., L. y J. *Lecciones de Derecho Civil*, traducción española, Buenos Aires. Editorial Jurídica, Europa-América, 1960, T. II, parte segunda, 111.

²⁰ En el ámbito concreto del contrato de prestación de servicios aeroportuarios en tierra (handling) ya se ha examinado la responsabilidad del prestador de servicios desde la cláusula de exoneración de la misma. Es el caso de la STS de 14 de julio de 2005 [RJ 2005, 9617] y las SSAP Madrid de 20 de septiembre de 2002 [JUR 2003, 23128] y 14 de mayo de 2004 [AC 2004, 1720], donde se valida la exclusión de responsabilidad sobre la inexistencia de dolo y desde la aplicación al caso del contrato normalizado que para el handling ha elaborado IATA.

Particularmente, destacamos sobre el particular el razonamiento que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2004 (AC 1583, 2004), que razona lo siguiente:

«La responsabilidad procedente del dolo no puede excluirse por vía contractual (art. 1102 CC [LEG 1889, 27]). Distinto es el caso de la responsabilidad nacida de la culpa donde cabe, además, su moderación por los Tribunales (art. 1102 a contra sensu, y art. 1103 CC). La cláusula 8.ª del contrato exonera de responsabilidad a ambas partes (equilibrio) por los daños causados a la otra (por sus empleados, agentes y subcontratistas) por los actos realizados con ocasión del contrato suscrito entre ellas, a menos que se realicen (excepción) con intención de causar tales daños..., o de una forma imprudente y a sabiendas de que podrán producirse, probablemente, tales daños... (sic. cláusula 8.ª). La excepción se refiere a dos supuestos:

—a) el dolo (intención de causar tales daños, dice el contrato; conforme al artículo 1102 del código haría falta la mención al ser su exclusión contraria a la Ley), y

—b) la culpa grave (dice el contrato: de una forma imprudente y a sabiendas de que pueden producirse, probablemente, tales daños, muertes, retrasos, lesiones o pérdidas). Utiliza la conjunción copulativa "y" para unir los conceptos "imprudente" y "a sabiendas", lo cual da idea de que se está refiriendo a un grado elevado de culpa; la llamada culpa consciente, o culpa con previsión, o con representación (próxima al dolo) donde el agente es consciente de que el daño puede producirse "probablemente" (por no decir con bastante seguridad), pero aun así no desiste de la acción en la confianza de que no se producirá el resultado porque cree que controla la situación.

De este modo, el contrato excluye la culpa general u ordinaria (entendida como omisión de la diligencia del buen padre de familia —art. 1104 del Código civil—, o del ordenado comerciante o empresario en el ámbito de su negocio), donde el daño es posible pero el agente no es consciente de ello, ni se lo representa como algo actual y probable. Por ello no lo prevé aunque en sí mismo sea previsible.

Dada la exoneración pactada de la culpa ordinaria (cláusula 8 del contrato), conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), corresponde a quien lo alega (apelante) probar no tanto el daño, o el origen del daño (golpe dado por un vehículo de asistencia al avión al maniobrar) sino que el acto no solo fue imprudente sino también "a sabiendas" (de que pueden producirse probablemente tales daños», según dice el contrato). Es decir, no basta con acreditar el hecho y su resultado con la relación de causalidad que los une (en nuestro caso no cuestionados), sino que debe probar el grado cualificado de culpa que exige el contrato. Y esto es lo que no prueba la apelante, por lo rechazamos estas alegaciones del recurso».