

Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*

INDIRA DÍAZ LINDAO**

Sumario: I. Generalidades. A. Metodología y delimitación del objeto de estudio. B. Breves consideraciones histórico-jurídicas sobre el alcance de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el derecho moderno. C. Alcance y tipologías de las cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad. II. Límites a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la disciplina general del contrato. A. La prohibición del pacto de no responder por dolo y culpa grave. 1. (Sigue) Operatividad de la regla. 2. (Sigue) El paso de una culpa subjetiva a una objetivada. B. El orden público y las buenas costumbres. 1. Normas imperativas - contrato de transporte. 2. Orden público virtual - derechos fundamentales. C. Obligación esencial del contrato atado al criterio de la "causa" (caso francés). III. Límites a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo. A. Aceptación expresa de las cláusulas como requisito de forma (caso pionero del derecho italiano). B. El equilibrio normativo del contrato que exige la buena fe. 1. (Sigue) Tipicidad del

* Este trabajo corresponde, con algunos ajustes y actualizaciones, a la segunda parte de la tesis desarrollada en Italia en el marco de una maestría consagrada a la armonización e integración del derecho de los contratos y de las obligaciones en América Latina, de la *Università degli studi di Roma 'Tor Vergata'*. La primera parte aborda la misma temática en el derecho romano, en un estudio en perspectivas de solución de las problemáticas de derecho moderno, y fue publicada en el número 20 (2011) de esta Revista.

** Becaria doctoral en Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible de la misma Universidad. Máster en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la *Università degli studi di Roma 'Tor Vergata'* y doctoranda en Derecho Privado de la *Università di Pisa*. Contacto: indira.diaz@uexternado.edu.co Fecha de recepción: 30 de abril de 2012. Fecha de aceptación: 9 de julio de 2012.

contrato y naturaleza del negocio (casos alemán, brasileño y argentino). C. Proscripción pura y simple de las cláusulas de limitación de responsabilidad (caso colombiano). IV. Problemáticas de la aplicación de los límites de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, frente al principio de libertad contractual para la determinación el objeto y el contenido del contrato. Observaciones conclusivas.

Resumen: Los límites a las cláusulas de responsabilidad constituyen una temática de tradicional importancia en el régimen general del derecho de contratos, que ha adquirido un protagonismo mayúsculo en la disciplina de los contratos de adhesión y de consumo. En los países europeos y latinoamericanos pertenecientes a la tradición jurídica romana, el marco originario de estos límites se encuentra en la prohibición del pacto de no responder por dolo y la culpa grave. Límite de evidente estirpe romanista y que ubicaba el control de estas cláusulas en la esfera de ejecución del contrato. Posteriormente, fungen de manera especial como límites de estas cláusulas el orden público y las buenas costumbres, por una parte, en la tutela de bienes jurídicos fundamentales como la vida y a la integridad física de las personas, y por otra, como mecanismo de protección de la parte débil de la relación contractual en determinados tipos negociales. Finalmente, en atención a las problemáticas propias de los contratos de adhesión, estos límites se centran en la actualidad en el equilibrio que debe existir entre los deberes y las obligaciones de las partes, de conformidad con el principio de buena fe. En las últimas tendencias jurisprudenciales y legislativas, dicho equilibrio resulta traducido, de un lado, en el límite de la obligación esencial del negocio con relación directa a la causa del contrato, y de otro, en la finalidad o la esencia del negocio que se desprende del tipo legal o la naturaleza del mismo. Los límites a las cláusulas de responsabilidad se trasladan así, en el derecho moderno, de la esfera de ejecución del contrato a la de su configuración. Como consecuencia natural de ello, estos límites se convierten al mismo tiempo en un mecanismo indirecto de control de la libertad contractual que tienen las partes para determinar el objeto y las obligaciones de un negocio.

Palabras clave: límites a las cláusulas de responsabilidad, cláusulas limitativas de la responsabilidad, dolo, culpa grave, orden público, buenas costumbres, obligación esencial del negocio, equilibrio del contrato, buena fe, tipo contractual, naturaleza del negocio, objeto del contrato.

Contract liability in modern law

Abstract: The limits of liability clauses they are a topic of traditional importance in the general regime of contract law, which moreover has become a major protagonist in the discipline of contracts of adhesion and consumption. In the European and Latin American countries belonging to Roman legal tradition, they find their origin in the banning of the agreement to waive liability for future willful misconduct and gross negligence. Limit of Roman origin, which placed the control of these clauses in the sphere of execution of the contract. Previously, they act as limits of these clauses the public order and good customs, on the one hand in the protection of fundamental legal rights such as life and physical integrity of persons and secondly, as a mechanism

of protection of the weak part of the contractual relation in determined contracts types. Finally, in response to the problematic properties of the contracts of adhesion and consumption, these limits are currently focused on the balance that must exist between the obligations of the parts, of according to the principle of good faith. In the last legislative and judicial tendencies, this balance results as a translation, on one, of respect for the essential obligation of contract in direct relation to the cause of the contract and on the other, in the finality or the essence of the contract that's a result of the legal type or of nature itself. The limits of liability clauses are transferred to modern law, from the sphere of execution of the contract to that of its' configuration. As a natural consequence of it, these limits are converted at the same time into an indirect mechanism of control of contractual freedom that have parts to determine the object and the obligations of a contract.

Keywords: limitation of liability clauses, willful misconduct, gross negligence, public order, good uses, essential obligation of contract, balance of contract, good faith, object of contract, nature of contract, contract type.

I. GENERALIDADES

A. Metodología y delimitación del objeto de estudio

El presente estudio corresponde a la segunda parte de un análisis histórico dogmático sobre los límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el sistema jurídico de tradición romanista.

La virtud y finalidad de un análisis de este tipo consiste, por un lado, en aprovechar las bases de una misma tradición jurídica, las cuales pueden ser hoy aplicadas a las problemáticas que se plantean en la materia objeto de nuestro estudio, o que permiten hacer una relectura crítica de las que ya se vienen aplicando; y, por otra parte, en identificar y aprovechar las soluciones dadas en el derecho moderno por los ordenamientos pertenecientes a esa misma tradición jurídica, que a su vez opera como conductora del aprovechamiento recíproco de la experiencia de cada ordenamiento.

Las reglas y las soluciones dadas por los juristas romanos fueron abordadas y plasmadas en un artículo precedente¹. En este, en cambio, nos centramos en los límites concebidos en el derecho moderno a las cláusulas modificativas de la responsabilidad, en particular, en cuanto corresponde a los países europeos, a las soluciones dadas por Italia, Francia y Alemania, teniendo en cuenta la influencia directa o indirecta que estos ordenamientos tienen en el nuestro. En relación con los países latinoamericanos, nos centraremos en Colombia, por ser este nuestro

¹ I. DÍAZ. "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual en el derecho romano: Estudio en perspectivas de solución de las problemáticas de derecho moderno", en *Revista de Derecho Privado* n.º 20, 2011.

particular objeto de interés, sin perjuicio de hacer referencias útiles a las innovaciones introducidas en otros ordenamientos —como el brasileño o el argentino—, especialmente en la disciplina de los contratos de adhesión y de consumo.

En lo que corresponde al alcance de la institución en estudio, resulta oportuno señalar que, desde un punto de vista amplio, a esta categoría podrían reconducirse todas las cláusulas que recaen sobre la reparación y sobre los mecanismos para hacerla efectiva en juicio. Quedarían entonces comprendidas en ella las cláusulas de exoneración de responsabilidad, las limitativas de responsabilidad, las que aumentan la responsabilidad, las penales, las que recaen sobre los términos de prescripción y las relativas a la jurisdicción, la competencia y a la carga de la prueba².

Sin embargo, teniendo en cuenta las diferencias que pueden existir entre este tipo de cláusulas y otras figuras, así como la necesidad de resolver casos concretos, la doctrina y la jurisprudencia han venido delimitando y reagrupando las cláusulas que se deben considerar modificativas de la responsabilidad, sin llegar en todo caso a una uniformidad al respecto. La tendencia que se aprecia, sin embargo, es a limitar esta categoría a las reglas de la reparación en caso de incumplimiento, incluyendo las que determinan el deber de reparar, así como el monto o la modalidad de la reparación³.

Quedan entonces incluidas en la categoría las cláusulas que incrementan el deber o el monto de la reparación, las que exoneran o limitan el deber de reparar, las que disminuyen el monto indemnizatorio, y la cláusula penal.

Empero, esta última es generalmente analizada de manera autónoma por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia, dada su especial naturaleza como pacto dirigido a establecer una previsión anticipada de perjuicios⁴. Sucede lo mismo con las cláusulas sobre las garantías, frente a las cuales, si bien se discute su naturaleza como cláusula que delimita las obligaciones de las partes, generalmente es calificada como una verdadera cláusula de limitación o exoneración de la responsabilidad⁵. Empero, dada su especialidad, estas también son generalmente

² Siguiendo fundamentalmente la doctrina francesa, así lo señala L. MUÑIZ. *Las Cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*, Bogotá, 2006, p. 38.

³ *Ibid.*, p. 6.

⁴ A diferencia de las cláusulas modificativas de la responsabilidad, la cláusula penal establece una previsión anticipada de perjuicios que deberán ser cancelados en caso de incumplimiento, independientemente de la efectiva causación del daño. Cfr., al respecto, MUÑIZ. *Ob. cit.*, pp. 6, 39 y ss.; M. BIANCA. "Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229", en *Commentario del Codice Civile*, A. SCIALOJA y G. BRANCA (eds.), IV, *Delle obbligazioni*, Bologna, 1979, pp. 480 y ss. En un plano de diferenciación como los pactos que contienen un límite máximo del resarcimiento en caso de incumplimiento, se señala que estos deben ser observados de manera diversa de la cláusula penal, ya que esta última tiene la función típica de reforzar la posición del acreedor, otorgándole el derecho al valor convenido como pena de manera independiente de la efectiva causación del daño y de la prueba del mismo; en cambio las primeras exigen que el daño se haya producido efectivamente, y que sea efectivamente probado por el acreedor. Cfr. L. DELOGU. *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, pp. 42 y 83.

⁵ En una distinción recurrente entre las cláusulas que delimitan las obligaciones de las partes y aquellas que limitan o exoneran la responsabilidad del deudor, la tendencia es a considerar las

reguladas por el legislador y analizadas por la doctrina y la jurisprudencia de manera independiente. Por ello no nos detendremos en el análisis de las mismas.

Siguiendo con el escenario que venimos exponiendo, bajo un criterio que pasa de lo general a lo particular, la regulación y análisis de las cláusulas modificativas de la responsabilidad se ha referido especialmente, entonces, a las cláusulas que aumentan la responsabilidad, las de limitación y las de exoneración de responsabilidad⁶.

En la primera parte de nuestro análisis y por las exigencias metodológicas que imponían desentrañar históricamente las soluciones dadas por los juristas romanos, y buscando no perder ninguna perspectiva de análisis, nos centramos en el estudio general de estas tres subcategorías de cláusulas.

En esta segunda parte y dada la mayor atención dogmática y operativa que han merecido las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, también llamadas "cláusulas de irresponsabilidad"⁷ o "cláusulas restrictivas de la responsabilidad"⁸, nuestro análisis se centra en los límites que se han concebido para este tipo de cláusulas en los ordenamientos pertenecientes al sistema jurídico romano. Cuando el tratamiento de la materia así lo permite, se hace referencia a ambas tipologías con la denominación de cláusulas "restrictivas de la responsabilidad".

Ahora bien, sin perjuicio de esta delimitación, ponemos de presente una observación fundamental, esto es, la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia, en los distintos ordenamientos, a trasladar los límites especiales concebidos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, a todas las demás categorías de cláusulas modificativas de la responsabilidad y a aquellas que inciden directa o indirectamente en ellas⁹.

cláusulas sobre las garantías como verdaderas cláusulas modificativas de la responsabilidad. El saneamiento por evicción y por los vicios ocultos se refiere más al incumplimiento o cumplimiento parcial de una obligación que a la determinación del contenido de esta. Cfr. M. GARCÍA. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, Madrid, 1965, pp. 97, 99 y 100. En este mismo sentido, la doctrina italiana señala el ámbito de las cláusulas de garantía como *sui generis*, pero propio del instituto de la responsabilidad contractual. Cfr. DELOGU. *Ob. cit.*, pp. 68 y ss. Posición contraria es la de la doctrina francesa, la cual parte de la base de que las cláusulas sobre las garantías corresponden a cláusulas que determinan las obligaciones de las partes, por cuanto delimitan su contenido. No obstante esto, se les considera igualmente sometidas a los límites previstos para las cláusulas de limitación y exoneración de la responsabilidad. Así lo reporta en un estudio de derecho comparado, entre los ordenamientos francés, italiano y colombiano, J. GUAL. *Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil*, Bogotá, 2008, p. 151.

⁶ A partir de una relación de género a especie, algunos intérpretes identifican las cláusulas modificativas de la responsabilidad como el género, mientras que en la especie incluyen las cláusulas relativas al objeto del contrato y a las obligaciones de las partes, así como las cláusulas relativas a la reparación. Estas últimas, conformadas por las cláusulas que recaen sobre el derecho a la reparación o sobre la modalidad de la misma. Subcategoría en la cual se encuentran las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad y la cláusula penal. Cfr. GUAL. *Ob. cit.*, pp. 100 ss.

⁷ Cfr., para los autores italianos que han elegido esta denominación, C. MENICHINO. *Cláusulas di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, p. 3, especialmente nota 2.

⁸ N. ÁLVAREZ. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998.

⁹ Se identifican en este sentido las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, con todas aquellas que modifican la causas, los presupuestos y los efectos de la responsabilidad, y al mismo tiempo con aquellas que limitan y exoneran indirectamente

Sucede de la misma manera con las cláusulas que delimitan el objeto o las obligaciones del contrato, que la doctrina y la jurisprudencia se orientan a diferenciarlas de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, con especial atención a delimitar el ámbito de aplicación de los límites especiales previstos para estas últimas (ver *infra* IV).

Siguiendo con la delimitación de nuestro objeto de estudio, debemos indicar que el mismo corresponde a un análisis de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual por el hecho propio, sin detenernos en consecuencia en las cláusulas restrictivas de responsabilidad por el hecho ajeno, frente a las cuales, aunque en principio se prediquen los mismos límites de las cláusulas de responsabilidad por el hecho propio, estos adquieren algunas particularidades que se escapan a las pretensiones de este artículo¹⁰.

De otra parte, abordamos nuestro estudio a partir de dos grandes esferas. La primera, la de los límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el régimen general de los contratos y de las obligaciones, y la segunda, la de su especial disciplina en los contratos de adhesión y de consumo. Esto último, por la especial relevancia y/o exigencias actuales de la materia en esta disciplina, a cuyo nacimiento y desarrollo están íntimamente ligadas este tipo de cláusulas.

Contrario sensu, no nos detendremos en la vasta gama de leyes especiales que establecen el régimen de responsabilidad al interior de determinados tipos contractuales, sin perjuicio de las referencias que se puedan realizar a las mismas en cuanto constituyan expresión o ejemplos de los límites generales que analizamos a lo largo de este escrito.

Finalmente y por la misma dinámica que impone el análisis de la materia, advertimos la recurrente remisión que de un punto a otro se hace a lo largo del presente trabajo.

B. Breves consideraciones histórico-jurídicas sobre el alcance de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el derecho moderno

En el derecho moderno de los contratos, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad tienen origen en la praxis del derecho marítimo inglés de mediados del siglo

la responsabilidad, entre ellas las cláusulas sobre la jurisdicción, la competencia, la carga de la prueba y sobre la prescripción. Cfr. ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 3 ss., y GUAL. Ob. cit., pp. 117 ss., especialmente nota 81, y 121 ss. Agregan los autores la necesidad y la tendencia de países como España, Italia y Francia a aplicar los especiales límites previstos para las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad a todas estas categorías que modifican indirectamente la responsabilidad. Así, a toda cláusula que tenga como objeto o efecto, directo o indirecto, la modificación de la responsabilidad, deben ser aplicados los mismos límites previstos para las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad. Cfr. DELOGU. Ob. cit., p. 80, y GUAL. Ob. cit., p. 107.

¹⁰ Sobre el particular cfr., especialmente, G. CECCHERINI. "Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonerazione da responsabilità, artt. 1228-1229", en *Commentario al codice civile*, F. BUSNELLI (dir.), Milano, 2003.

XIX, en el cual el transportador resultaba siempre responsable por la inejecución de las obligaciones asumidas, incluso en los eventos de caso fortuito y fuerza mayor; el único recurso liberatorio con el que contaba era probar que la causa del incumplimiento era un evento previsto expresamente por las partes como causa de exoneración de responsabilidad¹¹.

Se trataba de una responsabilidad objetiva e ilimitada, en la que no existiendo la distinción entre contenido del vínculo comercial y régimen de la responsabilidad, el deudor asumía incluso los efectos de las circunstancias externas que impedían el cumplimiento de su obligación, llámese naufragio, incendio, etc., a menos que probara que la responsabilidad por esos eventos había sido previa y convencionalmente excluida por las partes. Lo anterior, dentro del límite del *fundamental breach*¹².

El derecho inglés resolvía así, por vía de cláusulas de exoneración de responsabilidad, lo que en el sistema jurídico de tradición romana se resuelve por los cauces del caso fortuito y la fuerza mayor como causas de exclusión de la responsabilidad del deudor.

En efecto, en el sistema jurídico de tradición romanista el deudor se libera de responsabilidad demostrando su diligencia o la ausencia de culpa o la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor (arts. 1604 y 1731 C.C.). En los casos más estrictos, solo con la prueba de estas últimas (arts. 992 y 1003 C.Co.) y excepcionalmente, asume incluso las consecuencias del evento impeditivo (art. 1732 C.C.)¹³. Esto último, por ejemplo, por el tipo de obligaciones adquiridas, como en el caso de las obligaciones de garantía o de seguridad¹⁴, o por haberse presentado el evento impeditivo durante la mora del deudor (art. 1604 C.C.).

Se trata de un sistema que se fue formando aluvionalmente y con algunos matices entre los distintos ordenamientos europeos y latinoamericanos de tradición romanista¹⁵, pero en el cual existe una clara diferencia dogmática entre el instituto

¹¹ MENICHINO. Ob. cit., p. 6. "El desarrollo de la práctica de definir contractualmente una disciplina de la responsabilidad por incumplimiento diferente de aquella legal, encuentra un espacio fructífero de desarrollo en el comercio marítimo en Inglaterra (el cual generalmente se concluye por adhesión del acreedor a las condiciones predispuestas por el transportador), dado el contraste existente entre, las exigencias económicas de esta actividad caracterizada por las posibilidades de incumplimiento del transportador por eventos de caso fortuito y fuerza mayor y, el cuadro jurídico que ofrecía el sistema del *common law* en materia de responsabilidad en el comercio marítimo": DELOGU. Ob. cit., pp. 42 ss., especialmente nota 9.

¹² Las cláusulas dirigidas a exonerar de todo tipo de incumplimiento de las obligaciones del deudor eran consideradas ineficaces, bajo el entendido de que las cláusulas de responsabilidad solo son válidas cuando la parte está sustancialmente cumpliendo el contrato y no cuando lo está violando enteramente en la medida que va a su misma raíz. Cfr. ibíd.

¹³ F. HINESTROSA. *Tratado de las obligaciones (concepto, estructura y vicisitudes)*, Bogotá, 2007, pp. 759 ss.

¹⁴ Obligaciones así denominadas por el derecho francés e italiano respectivamente: cfr. ibíd., pp. 251 ss., especialmente nota 542.

¹⁵ Ibíd., pp. 761 ss. Cfr., ampliamente, É. CORTÉS. *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2009.

del *débito* y el de la *responsabilidad*¹⁶; donde coexisten regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, pero donde esta última es generalmente limitada, dado que la regla general es la inexistencia de la responsabilidad del deudor, cuando la obligación no pudo ser ejecutada por un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor¹⁷. En estos casos se pasa del escenario de la "responsabilidad" al de los riesgos contractuales en sentido técnico¹⁸.

Ahora bien, no obstante las marcadas diferencias entre el sistema de responsabilidad anglosajón y el de tradición romanista, la praxis de las cláusulas restrictivas se trasladó a los países europeos y latinoamericanos pertenecientes a este último¹⁹. En consecuencia, en él fueron adquiriendo un alcance distinto.

No se trataba ya, *fundamentalmente*, de excluir o limitar previa y convencionalmente la responsabilidad del deudor frente a eventos constitutivos de caso fortuito

¹⁶ Dentro del sistema jurídico de tradición romanista este esquema corresponde a una concepción de la *responsabilidad* que se define como la obligación que pesa sobre alguien de resarcir un daño causado por acto propio o de otra persona por quien está legalmente llamada a responder, y que en materia contractual se presenta en un momento sucesivo al *débito*. Este último se concibe como la expectativa que tiene el acreedor de que su interés sea satisfecho por el deudor, y va acompañado del deber del deudor de ejecutar la prestación convenida a favor del acreedor. Solo cuando el deudor incumple su obligación surge la *responsabilidad* del acreedor. Cfr. HINESTROSA. Ob. cit., pp. 73, nota 6, y 78.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 761 ss.

¹⁸ En el sistema continental de tradición romanista se diferencia entre los institutos de la responsabilidad y el de los riesgos contractuales en sentido técnico. Este último opera precisamente cuando se excluye la responsabilidad del deudor por caso fortuito o fuerza mayor que impide el cumplimiento de su obligación, excepto en las obligaciones de género, en donde se perpetúa la obligación. Cfr. CORTÉS. Ob. cit., pp. 137 ss. Surge entonces la necesidad de determinar a cuál de las dos partes le corresponde asumir las cargas económicas que se derivan del evento impeditivo. Solución para la cual entran en juego, entre otras, las reglas: *res perit domini*, *res perit debitori*, *res perit creditori*. cfr. HINESTROSA. Ob. cit., pp. 763 ss., especialmente 781 ss. Ahora bien, la relación entre las esferas de la responsabilidad y los riesgos en sentido técnico es analizada por BETTI, así: 1) problema de la responsabilidad (= imputabilidad), i) responsabilidad típica de la relación en estudio; ii) *extensión de la responsabilidad por medio de pactos, mediante asunciones convencionales de la garantía relativa a la verificación de ciertos riesgos*; iii) extensión automática de tal responsabilidad operada por la mora del deudor, 2) problema del riesgo (en sentido técnico), iv) tolerancia o repartición del riesgo contractual: E. BETTI. "Periculum". Problema del rischio contrattuale", en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, 1, Milano, 1956, p. 134. Siguiendo esta línea de reflexión, cabría incluso concluir, en el ámbito de estudio de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, que las cláusulas que regulan convencional y previamente los eventos y efectos del caso fortuito y de la fuerza mayor, distribuyendo por ejemplo de antemano la carga por la pérdida de la cosa objeto de la prestación, constituyen cláusulas de limitación o de exoneración del régimen de responsabilidad. Para profundizar sobre la figura del riesgo contractual en un sentido técnico, aunque visto desde la óptica de la teoría de la imprevisión consagrada en el artículo 868 C.Co., institución bajo la cual se analiza generalmente esta materia, cfr. J. CHAMIE. *La adaptación del contrato. El problema de la incompatibilidad entre eventos sobrevenidos y cumplimiento contractual. De la 'vis cui resisti non potest' a las cláusulas de 'hardship'*, tesis de doctorado, Universidad de Roma "Tor Vergata", Roma, 2010, en proceso de publicación. Disponible en: [http://dspace.uniroma2.it/dspace/bitstream/2108/1282/1/La+adaptaci%C3%B3n+del+contrato,+J.+F.+Chamie+_Tesi+Dott.+in+Sistema+Giur.+Romanipist.pdf], consultado el 15 de agosto de 2011.

¹⁹ MENICHINO. Ob. cit., p. 7.

y fuerza mayor, lo cual constituye una regla en el sistema de tradición romanista, sino de atenuar el régimen de responsabilidad subjetiva imperante en el mismo.

Resaltamos *fundamentalmente* porque, tal como lo ha puntualizado recientemente Menichino en el derecho italiano, al coexistir en este sistema regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva, las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad también pueden estar dirigidas a atenuar ambos tipos de regímenes²⁰.

A partir de los presupuestos históricos y jurídicos hasta aquí expuestos, podemos concluir que en el sistema jurídico de tradición romanista las cláusulas de exoneración de la responsabilidad corresponden por principio: i) a aquellas mediante las cuales las partes de manera previa a la ejecución del contrato modifican el grado de diligencia exigido al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones (modificación del criterio de imputación subjetivo); ii) a aquellas que extienden las causas de exoneración de responsabilidad del deudor del caso fortuito o la fuerza mayor a la prueba de la diligencia o a la ausencia de culpa o la que libera al deudor de ciertos casos fortuitos por los que en principio está obligado a responder (modificación de regímenes objetivos de la responsabilidad), y, finalmente, iii) a aquellas cláusulas que limitan la carga económica o la modalidad de la reparación que le correspondería asumir al deudor en caso de una efectiva imputación de responsabilidad.

C. Alcance y tipologías de las cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad

El criterio tradicional en los ordenamientos jurídicos de estirpe romanista ha sido el de distinguir entre las cláusulas de limitación y las cláusulas de exoneración de responsabilidad; clasificación que no se limita a un criterio cuantitativo o de grados, sino que se extiende a la naturaleza propia de la cláusula en relación con el instituto de la responsabilidad.

Las primeras, adscritas a aquellas que recaen sobre los criterios de imputación de la responsabilidad (*an debeat*) y que por lo tanto impiden su surgimiento, y las segundas, a aquellas que recaen exclusivamente sobre el "cómo" de la indemnización, específicamente sobre el *quantum debeat* o la modalidad de la reparación. Esto, bajo una óptica de distinción entre la responsabilidad y el resarcimiento, donde la primera está particularmente referida al deber de resarcir el daño causado en virtud del incumplimiento de las obligaciones contractuales, y las segundas, al alcance del resarcimiento²¹.

²⁰ El ámbito de actuación de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad sobre los regímenes subjetivo y objetivo de responsabilidad ha sido recientemente puntualizado y analizado en la doctrina italiana por MENICHINO. Ob. cit., pp. 20 ss.

²¹ DELOGU. Ob. cit., pp. 75 ss., especialmente nota 16. "Cláusulas de exoneración son aquellas que corresponden a los criterios de repartición entre deudor y acreedor de la asunción económica del daño, a los criterios, esto es, sustanciales para establecer la responsabilidad del deudor, mientras cláusulas de limitación, aquellas que, sobre el presupuesto de una

Sin embargo, la tendencia de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ha sido la de reagrupar estos dos tipos de cláusulas en una única disciplina y predicar de ambas figuras los mismos límites. Lo anterior, por una parte, teniendo en cuenta que ambas tipologías pueden recaer tanto sobre los criterios de imputación de la responsabilidad como sobre el monto indemnizatorio²². Y de otra parte, bajo la consideración de que finalmente el beneficiario de una cláusula de exoneración goza de limitación total y el beneficiario de una cláusula limitativa goza también de exoneración parcial²³.

En el plano legislativo, la tendencia a reagrupar la disciplina de las cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad fue acogida de manera expresa por el legislador italiano en el artículo 1229 del *codice civile* de 1942, en el cual equiparó expresamente las dos figuras y estableció para ambas unos mismos límites y efectos. Nos referimos a la nulidad en caso de dolo o culpa grave, o de violación de normas de orden público.

Adicionalmente, la equiparación de ambas categorías constituye un criterio que parece consolidarse en los países europeos de tradición romanista en la regulación de los contratos de adhesión y de consumo (ver *infra* III).

Empero, desde el punto de vista dogmático y operativo, la distinción sigue siendo relevante cuando al interior de un determinado tipo contractual o en la misma regulación de los contratos de adhesión y de consumo el legislador decide establecer límites o exigencias especiales a las cláusulas de exoneración de responsabilidad mas no a las cláusulas limitativas de la responsabilidad, o viceversa. Este último evento podría resultar menos problemático desde la perspectiva de la interpretación, debido a que las cláusulas de exoneración tienen una mayor intensidad que las cláusulas de limitación de responsabilidad y, por ende, un mayor grado de reproche. Sería entonces lógico extender los límites especiales previstos para las cláusulas de limitación de responsabilidad a las cláusulas de exoneración.

Por el contrario, la extensión de un límite especial previsto para las cláusulas de exoneración a las cláusulas de limitación estaría restringida por la regla general de derecho que prohíbe aplicar la analogía *in malam partem*. Criterio que permite determinar, por ejemplo, que en el ordenamiento jurídico colombiano, en el contrato de transporte, solo están prohibidas por principio las cláusulas de exoneración de la responsabilidad y no las limitativas de la responsabilidad (ver *infra* II, C.1).

Siguiendo con el alcance que pueden tener las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, la doctrina italiana, con especial atención a la nulidad prevista en el artículo 1229 del *codice civile*, propone una interpretación extensiva

efectiva responsabilidad del deudor, se dirigen a trasladar sobre el mismo deudor una parte del peso económico de los daños, que en base a criterios (legales o convencionales) de repartición gravan al primero, y esto fijando un debido de responsabilidad (al resarcimiento) debido por el deudor mismo": S. FERRARINI. Comentario a Cas. 12 de abril de 1946, en *Foro italiano*, 1944-46, I, p. 693.

²² ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 32; DELOGU. Ob. cit., p. 79.

²³ MUÑIZ. Ob. cit., especialmente p. 39.

de esta tipologías de cláusulas e incluye en ellas todas aquellas que estén vinculadas al incumplimiento imputable de la obligación. En particular, las cláusulas que recaen sobre los efectos del retardo en el cumplimiento de una obligación²⁴ y sobre la acción por resolución del contrato²⁵.

Doctrina reciente incluye dentro de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, por una parte, todas aquellas que recaen sobre todos los presupuestos de la responsabilidad, esto es, sobre la entidad del daño por el cual se debe responder, sobre los criterios de imputación de la responsabilidad y sobre el nexo de causalidad; y, por otra, aquellas que recaen sobre los efectos de la responsabilidad, específicamente, las cláusulas sobre el *quantum* y la modalidad del resarcimiento²⁶.

En tiempos más próximos, la doctrina puntualiza que las cláusulas de exoneración de responsabilidad pueden tener como objeto determinados riesgos del contrato, como el hurto, el incendio y la lluvia, entre otros²⁷. Se continúa señalando que este tipo de cláusulas no implican una modificación del criterio de imputación subjetiva u objetiva, sino la previsión de que una vez el evento impeditivo acaezca, el deudor no responderá con independencia de su conducta y/o de la efectiva ocurrencia de un caso fortuito o una fuerza mayor²⁸.

Llevado al plano operativo, consideramos más oportuno señalar, en cambio, que este tipo de cláusulas pueden llegar a tener como efecto la atenuación o exoneración de algunos criterios subjetivos u objetivos de la responsabilidad (ver *infra* A.2). Si, por el contrario, el evento previsto en la cláusula llega a constituirse efectivamente en un caso fortuito o una fuerza mayor, la convención de las partes solo estaría confirmando la regla general del sistema que excluye la "responsabilidad" en estos eventos.

Por último, debemos indicar que a la categoría de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad se han reconducido de manera general todas aquellas que tienen como objeto o efecto restringir la responsabilidad del deudor. Como veremos, se trata de una precisión que surge de manera particular ante la necesidad de extender los límites especiales previstos para las cláusulas de responsabilidad a las cláusulas que determinan el objeto y las obligaciones de las partes, y con las cuales existe una dificultad teórica y práctica de diferenciación (ver *infra* IV).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, consideramos útil reconstruir un elenco de tipologías de cláusulas de limitación y de exoneración de responsabilidad, tra-

²⁴ BIANCA. Ob. cit., p. 479.

²⁵ *Ibíd.*, p. 482.

²⁶ Clasificación que va acompañada de un grupo de cláusulas que modifican indirectamente la responsabilidad, como las cláusulas sobre la jurisdicción y la competencia, sobre la carga de la prueba, sobre los términos legales para el ejercicio de la presentación de recursos. Cfr. ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 28 ss., y GUAL. Ob. cit., pp. 117 ss., especialmente nota 81, y 121 ss.

²⁷ MENICHINO. Ob. cit., pp. 20-21.

²⁸ *Ibíd.*

tando de superar las diferencias y/o matices que se puedan verificar en la doctrina y rescatando los puntos de encuentro que existen entre los mismos²⁹.

Se trata de un elenco que no pretende ser exhaustivo ni unitario, tarea que sería de difícil conclusión teniendo en cuenta la variedad de formulaciones que estas cláusulas pueden llegar a tener en la práctica, de acuerdo con las necesidades y la creatividad de las partes. A esto se suma el hecho de que muchas de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad son formuladas de manera tan general u omnicompreensiva que las mismas pueden llegar a tener como objeto o efecto diferentes tipologías de cláusulas, dependiendo, por ejemplo, del régimen de responsabilidad que gobierna al respectivo contrato.

Son cláusulas de exoneración de responsabilidad:

1. Las que recaen sobre la entidad del daño a resarcir, cuando se establece por ejemplo que solo se responderá por el daño patrimonial y no por el extrapatrimonial, o por el daño emergente pero no por el lucro cesante, o por los daños previsibles del contrato mas no por los imprevisibles.

2. Las que modifican el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad, disminuyendo el grado de diligencia que debe asumir el deudor.

3. Las que modifican el criterio de imputación objetivo de responsabilidad, extendiendo las causas de exoneración de responsabilidad del caso fortuito o la fuerza mayor, a la prueba de la diligencia o a la ausencia de culpa, o que liberan al deudor de ciertos casos fortuitos por los que en principio está obligado a responder.

4. Las que excluyen la responsabilidad del deudor en caso de retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Las que excluyen la responsabilidad del deudor frente a específicos eventos como el hurto, el incendio o la lluvia.

6. Las que recaen sobre las garantías, como la garantía por evicción, por los vicios ocultos o por la calidad de los bienes y servicios.

7. Las que recaen sobre los recursos a los que puede recurrir el deudor en caso de incumplimiento, especialmente la acción de resolución del contrato.

Son cláusulas de limitación de la responsabilidad:

1. Las que determinan un *quantum* o un techo máximo para la reparación en caso de efectivo incumplimiento del contrato o de alguna de sus obligaciones.

2. Las que determinan un *quantum* o un techo máximo para la reparación en cualquiera de los supuestos descritos en los números 1, 4 y 5 antedichos.

3. Las que establecen una modalidad determinada para la reparación.

²⁹ Para conformar este elenco tuvimos en cuenta, fundamentalmente, los catálogos de MENICHINO. Ob. cit., pp. 20-21; ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 3 ss., y GUAL. Ob. cit., pp. 117 ss., especialmente nota 81, y 121 ss. Aunque estos últimos, debemos aclarar, no establecen en sus elencos una distinción entre cláusulas de limitación y cláusulas de exoneración de responsabilidad.

II. LÍMITES A LAS CLÁUSULAS RESTRINGIDAS DE LA RESPONSABILIDAD EN LA DISCIPLINA GENERAL DEL CONTRATO

La libertad contractual como expresión de la autonomía privada constituye un principio ordenador y prioritario del derecho civil de los contratos, el cual se proyecta fundamentalmente en el poder de seleccionar la figura contractual más apropiada para los intereses de los intervinientes, así como el contenido del negocio y de sus efectos³⁰.

A la luz de este principio y amén de ciertas disposiciones que en el derecho común de los contratos autorizan a pactar cláusulas restrictivas de la responsabilidad³¹, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos de tradición romanista se ha predicado por principio la validez de estas cláusulas³².

En el caso específico del ordenamiento jurídico colombiano, el Código Civil autoriza expresamente a los contratantes a modificar los criterios de imputación subjetivos previstos para los diferentes tipos contractuales de acuerdo con el criterio de utilidad de los contrayentes (art. 1604); así como para modificar el régimen objetivo previsto, por ejemplo, en caso de mora del deudor (art. 1604) e incluso, para asumir al arbitrio de las partes determinados casos fortuitos (art. 1732).

Atendiendo de manera particular a las cláusulas que recaen sobre el *quantum* indemnizatorio, existen además normas que relativizan el principio de indemnización integral del daño previsto en el ordenamiento colombiano³³, y que podría considerarse como aquel contrapuesto a la validez de este tipo de cláusulas³⁴.

En efecto, el artículo 1616 C.C. establece que si no se puede imputar dolo al deudor este es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, y que solo cuando incurra en dolo será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento³⁵. A renglón seguido, se señala expresamente la facultad de las partes para modificar dichas reglas.

³⁰ "Háblese de ámbito y dimensión de la autonomía privada o, más habitual y sencillamente, de expresiones de la libertad contractual, la inquietud al respecto y el reconocimiento de los poderes inherentes a aquella autonomía se vierten en estos planos: libertad de disponer o no (contratar o no), de escoger la contraparte o el destinatario de la disposición, escoger el medio (forma) de expresión, y por último, determinar el contenido de la disposición": F. HINESTROSA. "Autonomía privada y tipicidad contractual", en Seminario sobre el Contrato, Universidad Católica de Valparaíso, 24 a 26 de mayo de 1999, en *Reflexiones de un librepensador*, Bogotá, 2001, pp. 400 ss.

³¹ Arts. 1150 y 1152 *Code civil* y 1107 C.C. español.

³² MUÑOZ. Ob. cit., pp. 78 ss. ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 120 ss. J. SUESCÚN MELO. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, 1, Bogotá, 2003, pp. 354-355; HINESTROSA, *Tratado*, cit., p. 90, especialmente nota 60; GUAL. Ob. cit., pp. 201 ss. y 512 ss.

³³ Art. 16 Ley 446 de 1998.

³⁴ GUAL. Ob. cit., pp. 71 y ss.

³⁵ Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

Se trata de disposiciones que ponen en evidencia el carácter dispositivo que en principio tienen las reglas que regulan el régimen de responsabilidad contractual, y por ende dejan presente la libertad que tienen las partes para modificarlas. Facultad que puede ser ejercida tanto para agravar como para atenuar dicho régimen. Empero, dicha libertad nunca ha sido absoluta, por el contrario, siempre ha estado sometida a los límites generales de la autonomía contractual, especialmente el orden público, las buenas costumbres y la buena fe, las cuales sin embargo han alcanzado un grado de especialidad en esta materia³⁶.

Por su parte, en aras de la protección de la parte débil del contrato, se configuran cada vez más, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos de tradición romanista, regímenes particulares para las cláusulas modificativas de la responsabilidad en la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo, a los cuales por tanto les dedicaremos un capítulo especial de este artículo.

Finalmente, al interior de determinados tipos contractuales los ordenamientos establecen reglas especiales que limitan la validez de las cláusulas modificativas de la responsabilidad³⁷. Como ya lo mencionamos, dichos límites exceden las pretensiones del presente estudio, pero haremos referencias a ellos en cuanto se relacionan o identifican con los límites generales que abordamos a continuación.

Lo anterior sin perjuicio de una observación imprescindible. Nos referimos a la "recíproca integración" de los límites previstos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la disciplina general del contrato, con aquellos previstos en los contratos de adhesión y de consumo, y con los establecidos al interior de determinados tipos contractuales. Integración que debe ir entonces más allá de una simple jerarquización entre norma general y norma especial (ver *infra* B.1)³⁸.

A. La prohibición del pacto de no responder por dolo y culpa grave

Inspirado en la primacía de la autonomía privada, el *Code civil* francés no reguló expresamente las cláusulas modificativas de la responsabilidad, sistema que posteriormente fue replicado en Italia en el *codice civile* de 1865³⁹. En Latinoamérica sucedió igual, en especial en el Código Civil chileno y, por esa vía, en el colombiano.

Empero, la regla de la prohibición del pacto de no responder por dolo fue asumida en estos ordenamientos con base en la tradición jurídica romana a la cual pertenecen, aunque a través de diferentes sistemas⁴⁰.

³⁶ Sobre los límites generales a la autonomía privada cfr. F. HINESTROSA. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de derecho privado*, Bogotá, 1986, pp. 17 ss.

³⁷ Al respecto resulta de gran importancia el régimen especial en el contrato de transporte (arts. 992, 1596, 1643, 1644, 1834, 1835, 1881 y 1886 a 1889 C.Co.) o en los contratos bancarios (arts. 7.º, 11 y 12 Ley 1328 de 2009, y Circular 039 de 2001).

³⁸ Compartimos el criterio expuesto por MENICHINO. Ob. cit., p. 47. En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de nuestro país: sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P. William Namén Vargas, ref. 11001-3103026-2000-04366-1.

³⁹ MENICHINO. Ob. cit., pp. 7 ss.

⁴⁰ Dolo que, bajo la idea de mala fe, engaño o fraude, es entendido en materia de cumplimiento contractual como la voluntad de incumplimiento consciente del daño y constituye

Aun en ausencia de normas implícitas o explícitas del código, ordenamientos como el francés y el italiano anterior al del 1942 adoptaron directamente la regla con base en los postulados de la tradición romana. Esto es, con fundamento en la contrariedad de este pacto al orden público, a las buenas costumbres y al principio de buena fe contractual⁴¹. En efecto, un pacto que permita al deudor exonerarse de responder por una conducta que implica mala fe contraría las obligaciones de corrección y colaboración que deben existir entre deudor y acreedor⁴².

La doctrina italiana señala al mismo tiempo la contrariedad de este tipo de cláusulas al vínculo jurídico que nace del contrato y al principio de tutela del crédito. El primero, dado que un pacto de tal naturaleza excluiría la voluntad de las partes de crear un empeño jurídicamente relevante, por quedar este sometido a la mera voluntad del deudor⁴³. El segundo, teniendo en cuenta que el principio de tutela del crédito guarda la necesidad de asegurar al acreedor un mínimo e inderogable empeño diligente por parte del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, el cual vendría a menos con un pacto en el cual el deudor, aun incumpliendo voluntariamente, no estaría llamado a responder⁴⁴.

Posteriormente, codificaciones civiles como la alemana (BGB, 1900) y la italiana (*codice civile*, 1942) consagraron de manera explícita la prohibición de pactar cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad, por dolo la primera⁴⁵, y por dolo y culpa grave la segunda⁴⁶.

En los ordenamientos latinoamericanos de tradición romanista, la regla se implementó de forma implícita⁴⁷. El Código Civil colombiano, siguiendo el modelo del Código Civil chileno, consagró de una parte las distintas reglas de imputación de responsabilidad con base en el criterio de utilidad de los contrayentes y la respectiva facultad de las partes para modificarlas (art. 1604 C.C.), y por otra, la prohibición de la condonación del dolo futuro (art. 1522 C.C.). Disposiciones

un criterio de imputación de la responsabilidad. Cfr. V. DE LORENZI. "Inadempimento doloso", en *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, IX, Milano, 1993, p. 363.

⁴¹ G. CECCHERINI. *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008, p. 10. M. BIANCA. *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano 1994, p. 65; DELOGU. *Ob. cit.*, pp. 56 ss.; E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, reimpr. corregida de la 2ª ed., Napoli, 1994, pp. 105 ss. Para ver ampliamente los fundamentos del derecho romano cfr. la primera parte de este trabajo, *cit.*, pp. 7 y ss.

⁴² BIANCA. *Ob. cit.*, p. 65; DELOGU. *Ob. cit.*, pp. 56 ss.; BETTI. *Ob. cit.*, pp. 105 ss.

⁴³ Se trataría de un pacto que comportaría necesariamente una voluntad contraria a la de obligarse, o por lo menos la falta de un serio compromiso para seguir la prestación. Cfr. DELOGU. *Ob. cit.*, p. 16.

⁴⁴ BIANCA. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, *cit.*, p. 475, reiterado en *Diritto civile*, *cit.*, pp. 66 y ss. El autor es seguido por DELOGU. *Ob. cit.*, pp. 56 ss.

⁴⁵ En Alemania, esta disposición fue consagrada en el § 276, 2, BGB de 1900 (hoy, § 276, 3, luego de la reforma del derecho privado del 26 de noviembre de 2001, que entró en vigor el 1.º de enero de 2002).

⁴⁶ El artículo 1229 del *codice civile* de 1942 establece la nulidad de las cláusulas que excluyen preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o culpa grave.

⁴⁷ España así lo establece en el artículo 1102 C.C. Igualmente lo hacen en Latinoamérica los códigos civiles chileno (art. 1465), colombiano (art. 1522) y argentino (art. 507).

que son interpretadas de manera sistemática y unánime por la doctrina y la jurisprudencia colombianas, en el sentido de que el pacto de no responder por dolo se encuentra prohibido en nuestro ordenamiento⁴⁸.

Lo anterior, atendiendo adicionalmente al artículo 1535 C.C., el cual establece que las obligaciones meramente potestativas no son válidas; tipo de obligación en la que necesariamente se convierte aquella que puede ser o no incumplida dolosamente sin ninguna consecuencia.

De otro lado y a pesar de asignarse a la *culpa grave* un concepto diferente al del dolo como criterios de imputación de la responsabilidad, donde este último se caracteriza por la voluntad y el segundo por la negligencia absolutamente grosera del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, o por aquella negligencia desmedida, vale decir, por no entender lo que todo el mundo entiende⁴⁹, estos dos institutos han sido equiparados en nuestra tradición jurídica.

Aun en países de tradición romanista como Francia, España, Italia (antes de 1942), que no acogieron el sistema de tripartición de la culpa, ni la regla de la equiparación de la culpa grave al dolo, ha prevalecido la regla de la equiparación con base en la tradición romanista a la cual pertenecen. Esto es, predicando de ambos tipos de cláusulas la violación del orden público, las buenas costumbres y al principio de buena fe contractual⁵⁰.

En lo que toca particularmente al ordenamiento alemán, por considerar los compiladores del BGB que la equiparación de la culpa lata al dolo constituía un inadmisibles límite a la autonomía privada que no se justificaba, no la incluyeron en el § 276, 2, que estableció la nulidad de la cláusula de exoneración por dolo. Posteriormente la jurisprudencia concibió la nulidad de la cláusula de no responder por culpa grave con base en el principio de buena fe⁵¹.

En Latinoamérica, países como Chile y Colombia prohíben por una parte la condonación del dolo futuro y, por otra, consagran la equiparación de la culpa grave al dolo⁵². Normas que, interpretadas de manera sistemática con la facultad legal que tienen las partes para modificar los criterios de imputación de responsabilidad, han determinado una respuesta unánime en el sentido de la equiparación⁵³.

⁴⁸ SUESCÚN MELO. Ob. cit., pp. 345 y ss.; J. TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, IV, Bogotá, 1999, p. 203; E. RENGIFO. *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, Bogotá, 2002, pp. 284 ss., y GUAL. Ob. cit., p. 513.

⁴⁹ H., L. y J. MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, Buenos Aires, 1960, 2, p. 111.

⁵⁰ CECCHERINI. Ob. cit., p. 10. BIANCA. *Diritto civile*, V, cit., p. 65; DELOGU. Ob. cit., pp. 56 ss.; BETTI. Ob. cit., pp. 105 ss. Para los fundamentos del derecho romano cfr. ampliamente, la primera parte de este trabajo, cit., pp. 7 ss.

⁵¹ BENATTI. Ob. cit., p. 397; CECCHERINI. Ob. cit., pp. 17 ss.

⁵² Código Civil chileno, artículos 44 y 1465, y colombiano, artículos 64 y 1522.

⁵³ SUESCÚN MELO. Ob. cit., pp. 345 y ss.; TAMAYO. Ob. cit., p. 203; E. RENGIFO. Ob. cit., pp. 284 ss., y GUAL. Ob. cit., p. 513. Para un recuento de las posiciones jurisprudenciales en la materia cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P.: William Namén Vargas, ref. 11001-3103026-2000-04366-1.

1. Operatividad de la regla

Resulta de difícil ocurrencia, salvo los eventos de responsabilidad por los dependientes o auxiliares, que en un contrato las partes establezcan expresamente la irresponsabilidad del deudor en caso de incumplimiento doloso y/o gravemente culposo, caso en el cual la cláusula sería indiscutiblemente nula por expresa disposición legal en esta disciplina (art. 1229 *codice civile*); o por las disposiciones que establecen que las obligaciones meramente potestativas son nulas (art. 1174 *Code civil* y 1535 C.C. col.), o por las disposiciones que previenen que el pacto de no responder por dolo no vale (art. 1522 C.C.).

Si, por el contrario, las partes establecen expresamente la disminución de la diligencia del deudor en los límites del dolo o la culpa grave, o bien la limitación del resarcimiento en los mismos eventos, la cláusula será por principio válida, a menos que pueda predicarse frente a la misma algún otro límite de las cláusulas de responsabilidad.

Sin embargo, lo que ocurre la mayoría de las veces es que se establece de manera omnímoda, general o ampliamente abarcadora la irresponsabilidad del deudor frente al incumplimiento de una o varias de sus obligaciones, o frente a determinados eventos que pueden o no constituir caso fortuito o fuerza mayor, como el hurto y el incendio, entre otros (cláusulas generalmente denominadas de "no responsabilidad" por la jurisprudencia colombiana⁵⁴); o bien que se establece un monto máximo de la indemnización cuando todos los anteriores eventos, partiendo de la efectiva responsabilidad del deudor.

Si se aplica entonces el límite del dolo y la culpa grave de manera abstracta, la respuesta *ab initio* sería que en su gran mayoría estas cláusulas restrictivas serían ineficaces y/o sujetas a nulidad, por llevar implícito el pacto de no responder por dolo o culpa grave.

Contrario sensu, la tendencia parece ser la de aplicar este límite de manera concreta en relación con la conducta efectivamente asumida por el deudor, ya que el operador jurídico se ha orientado a determinar de manera dinámica el grado de admisibilidad de este tipo de cláusulas o sus posibles efectos, teniendo en cuenta, por una parte, el principio general de validez de las cláusulas restrictivas del régimen de la responsabilidad (arts. 1604 y 1616 C.C.), y por otra, la regla de utilidad que rige en materia de interpretación contractual (art. 1620 C.C.)⁵⁵.

En un comienzo, el derecho francés consideró que las cláusulas de exoneración no eran eficaces para restringir el régimen de responsabilidad del deudor, pero sí les atribuyó el efecto de invertir la carga de la prueba, de tal modo que

⁵⁴ Para demostración cfr., entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, XLIV, p. 405; 15 de julio de 1938; 29 de noviembre de 1946, M.P.: Arturo Tapias Pilonieta, y 27 de agosto de 1947, M.P.: Pedro Castillo Pineda.

⁵⁵ Para el caso de los ordenamientos francés y español así lo señala MUÑIZ. Ob. cit., p. 130.

ya no le correspondería al acreedor probar su diligencia, sino al deudor probar la negligencia del primero⁵⁶.

Por su parte, la posición mayoritaria de la doctrina y la jurisprudencia italianas rechaza esta posibilidad, de tal manera que este tipo de cláusulas no tienen como efecto invertir la carga de la prueba de la diligencia, la cual se encuentra a cargo del deudor, así como tampoco el de invertir la carga de la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor, cuando el deudor solo se exonera demostrando su existencia⁵⁷.

Al mismo tiempo, la doctrina italiana revalúa la licitud de una cláusula que de manera expresa y preventiva deje a cargo del acreedor la carga de probar la culpa del deudor, a menos que la prestación recaiga sobre la esfera de control del acreedor, de tal manera que esté en capacidad de comprobar la eventual culpa del deudor⁵⁸. En el ordenamiento italiano, esta posición encuentra respaldo en el artículo 2698 del *codice civile*, el cual establece expresamente la nulidad del pacto por el cual se invierte o se modifica la carga de la prueba, cuando se trata de derechos de los cuales las partes no pueden disponer o cuando tal modificación hace excesivamente difícil el ejercicio de su derecho.

Empero, para ordenamientos jurídicos como el colombiano, donde no existe una norma similar y en donde, por el contrario, hay una disposición expresa que permite a las partes modificar las reglas de presunción de culpa previstas por la ley de acuerdo al criterio de utilidad de los contrayentes (art. 1604 C.C.), consideramos discutible rechazar a priori esta posibilidad, por lo menos cuando las partes expresamente así lo hayan estipulado.

Se trata, sin embargo, de una problemática en la que se deben tener en cuenta las reglas propias del derecho probatorio, que son las que precisamente permiten predicar a este tipo de cláusulas cierta autonomía frente a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad⁵⁹, a pesar de la íntima relación existente entre el aspecto sustancial de los criterios de imputación de la responsabilidad y la carga probatoria⁶⁰. Nos limitamos en este escenario a realizar una observación final, esto es,

⁵⁶ SUESCÚN MELO. Ob. cit., pp. 353 ss.; MUÑIZ. Ob. cit., pp. 79 ss. y 130.

⁵⁷ Lo expuesto, sin perjuicio de algunos pronunciamientos favorables a la inversión de la carga de la prueba, tal como lo reporta BIANCA. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 481, especialmente nota 481.

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ Precisamente debido a esta naturaleza especial de las cláusulas que recaen sobre la carga de la prueba, la tendencia es la de ubicar la temática de la transformación de obligaciones de resultado en obligaciones de medio como independiente de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad. MUÑIZ. Ob. cit., pp. 38 y 52 ss. La doctrina italiana por su parte, en la labor de determinar el ámbito de aplicación del artículo 1229 que establece la nulidad de los pactos que limitan o exoneran de responsabilidad por dolo o culpa grave, considera que el mismo es aplicable a los pactos que recaen sobre la carga de la prueba. Cfr. BIANCA. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 481. La doctrina española y colombiana han seguido este criterio, bajo la consideración de que las cláusulas que recaen sobre la carga de la prueba modifican indirectamente la responsabilidad del deudor. Cfr. ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 38 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 124 ss.

⁶⁰ Para verificar este aspecto, especialmente en relación con la clasificación francesa de las obligaciones de medio y de resultado, cfr. CORTÉS. Ob. cit., especialmente pp. 126 ss.

la referida al hecho de que en la disciplina especial de los contratos de adhesión y de consumo esta discusión prácticamente se halla ausente. Lo anterior, dada la tendencia de los distintos ordenamientos a calificar como abusivas y por ende ineficaces las cláusulas que invierten la carga de la prueba, bajo el presupuesto de que las mismas causan un desequilibrio injustificado entre las obligaciones y deberes de las partes. Así sucede, por ejemplo, en el caso de Italia, España y Colombia⁶¹.

Realizadas estas salvedades, retomemos ahora la posición de la jurisprudencia francesa. Aunque como ya mencionamos esta les otorgó efectos de inversión de la carga probatoria a las cláusulas de exoneración franca, general u omnicomprendida, esta posición fue posteriormente abandonada, para, en cambio, predicar como efecto de este tipo de cláusulas el de la exoneración parcial del deudor en caso de culpa leve o levísima. De esta manera, la ineficacia de la cláusula subsiste solo frente al comportamiento doloso o gravemente culposo del deudor⁶².

En otras palabras, las cláusulas de exoneración pueden tener como efecto implícito o explícito *modificar el régimen subjetivo de responsabilidad* y, en consecuencia, disminuir el grado de diligencia exigible al deudor en los límites de la culpa grave y el dolo. Esto, claro está, sin perjuicio de los otros límites que se puedan predicar frente a este tipo de cláusulas.

Pasando al ordenamiento colombiano, el efecto de la inversión de la carga probatoria fue acogido por la Corte Suprema de Justicia colombiana en el año 1936⁶³, sin que a la fecha se verifique un rechazo expreso a la misma a pesar de su abandono en el derecho francés, del cual tomó clara y expresamente esta postura. Ha sido entonces la doctrina la encargada de rechazar dicho efecto de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, aunque no de manera unánime⁶⁴.

Por su parte, ya desde el año 1955 la misma Corte Suprema de Justicia colombiana comenzó a predicar la segunda posición de la jurisprudencia francesa, en el sentido de que las cláusulas de exoneración de responsabilidad tienen como efecto modificar el régimen subjetivo de responsabilidad y, en consecuencia, disminuir el grado de diligencia exigible al deudor hasta la culpa leve o levísima⁶⁵.

⁶¹ Artículo 33 del *codice del consumo* de Italia; artículo 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores en España. En el caso colombiano, así lo establece el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 (nuevo Estatuto de Protección al Consumidor); en materia bancaria, la Ley 1328 de 2009 y la Circular 039 de 2011, y en materia de servicios públicos domiciliarios el artículo 133.1 de la Ley 142 de 1994.

⁶² MUÑOZ. Ob. cit., pp. 79-80 y 130 ss.; SUESCÚN MELO. Ob. cit., pp. 353 ss.; O. USUAGA. *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, Bogotá, 1992, pp. 94-95.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de diciembre de 1936, XLIV, p. 405. Ratificada en sentencia del 15 de julio de 1938.

⁶⁴ Para los pronunciamientos que rechazan esta posición, cfr. GUAL. Ob. cit., 626 ss.; USUAGA. Ob. cit., p. 50. Para una posición a favor cfr. especialmente SUESCÚN MELO. Ob. cit., p. 354.

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de noviembre de 1946, M.P.: Arturo Tapias Pilonieta. Siguiendo esta misma posición se encuentra la sentencia de la misma corporación del 27 de agosto de 1947, M.P.: Pedro Castillo Pineda.

De ahí que sea precisamente en esta materia en la que opera claramente el esquema de tripartición de la culpa prevista en el artículo 1604 C.C. colombiano⁶⁶: al operador jurídico le corresponde entonces, bien frente a una cláusula de exoneración general o abstracta, bien ante una cláusula de limitación de la responsabilidad, realizar un análisis del grado de negligencia del deudor, con la finalidad de determinar si la misma se erige en una culpa grave que hace inoperante la cláusula de exoneración de la responsabilidad que conlleva la obligación de indemnizar tanto los daños previsibles como los imprevisibles del contrato (art. 1616 C.C.), o si, por el contrario, se trata de una culpa leve de cara a la cual se deberá mantener la validez de la cláusula.

Los criterios anteriores rigen igualmente frente a una cláusula incluida en un contrato en el que opere el régimen de responsabilidad objetiva, ya que la cláusula no podrá en ningún caso exonerar al deudor en caso de culpa grave o dolo. Sin embargo, el alcance o el efecto que podrá adquirir la cláusula en estos contratos será distinto.

No se trata ya de la posibilidad de disminuir el grado de diligencia exigida al deudor y, por lo tanto, de exonerarlo parcialmente de una culpa leve o levísima, sino precisamente, de *modificar el régimen de responsabilidad objetivo del deudor*, en el sentido de permitirle a este exonerarse no solo probando el caso fortuito o la fuerza mayor, sino también probando la ausencia de culpa o su efectiva diligencia.

Así se desprende en el ordenamiento colombiano de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, quien desde el año 1946, al analizar la responsabilidad contractual de un transportador por la muerte de un pasajero, concibió la posibilidad de que las cláusulas de exoneración de la responsabilidad pudieran llegar a tener como efecto, y conforme al artículo 1620 C.C., la extensión de las causales de exoneración de responsabilidad del transportador, de la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor a la prueba de la diligencia⁶⁷.

Vale la pena aclarar que se trata de una posición asumida por nuestra jurisprudencia en vigencia del antiguo Código de Comercio, bajo el presupuesto de que, al no existir norma expresa e imperativa que consagrara la responsabilidad objetiva del transportador, era posible darle a la cláusula de exoneración de responsabilidad el efecto de permitirle al transportador exonerarse probando no solo el caso fortuito o la fuerza mayor, sino también la ausencia de culpa o su efectiva diligencia. En otras palabras, el efecto de la cláusula sería el de ratificar el

⁶⁶ Para un análisis del esquema de tripartición de la culpa en el sistema jurídico latinoamericano, en el que se aboga por una existencia real desde el punto de vista dogmático y operativo de una bipartición entre culpa grave y culpa leve, cfr. M. KOTEICH. "La responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación", en *Estudios de derecho civil, Obligaciones y contratos*, Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa, 40 Años de Rectoría, II, Bogotá, 2003, p. 187.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de noviembre de 1946, M.P.: Arturo Tapias Pilonieta. Posición ratificada en sentencia del 27 de agosto de 1947, M.P.: Pedro Castillo Pineda.

carácter subjetivo de la responsabilidad del transportador, o bien modificarlo de uno objetivo a uno subjetivo, si el primero se pudiera predicar del transportador en ausencia de norma expresa.

A nuestro modo de ver, estos pronunciamientos pueden considerarse, *mutatis mutandi*, como un indicador de la línea jurisprudencial de nuestro ordenamiento en materia de validez de las cláusulas que modifican el régimen objetivo de responsabilidad del deudor: nos referimos al principio de validez de este tipo de cláusulas, a menos que el régimen objetivo de responsabilidad se encuentre expresamente consagrado en una norma imperativa o en una que pueda reputarse como tal por llevar ínsita la protección de un orden público político o económico (ver *infra* C, C.1, C.2). En nuestro concepto, precisamente estas circunstancias se presentan en el ordenamiento colombiano en materia de transporte de personas (art. 1003 C.Co. de 1971).

Sobre este mismo particular y con especial atención a los contratos de empresa, una parte de la doctrina italiana rechaza la posibilidad de que una cláusula de exoneración de responsabilidad pueda convertir un régimen de responsabilidad objetivo en uno subjetivo en el cual el deudor pueda exonerarse también con la prueba de su diligencia o de la ausencia de culpa. Lo anterior, bajo la consideración de que el régimen objetivo de responsabilidad resulta inderogable, por tratarse de normas concebidas por el legislador para proteger a una de las partes del contrato, asegurando un mayor grado de responsabilidad del deudor en este tipo de contratos⁶⁸. En otras palabras, considerando que las normas que contienen un régimen de responsabilidad objetivo son normas imperativas e inderogables por el hecho de conllevar un orden público económico o de protección.

Por su parte, en un estudio reciente que se centra en este enfoque de análisis de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, Menichino concluye que en el ordenamiento jurídico italiano resulta excepcional la posibilidad de modificar expresamente el régimen objetivo de la responsabilidad del deudor, así como la de dar a una cláusula general u omnicompreensiva de exclusión de responsabilidad el efecto de transformar el régimen legal objetivo en uno fundado sobre la culpa. Pero en todo caso, siempre dentro de los límites del dolo y de la culpa grave del deudor⁶⁹.

2. El paso de una culpa subjetiva a una objetivada

El derecho francés ha desarrollado también una tendencia en la que se desplaza la noción de culpa grave desde la perspectiva subjetiva, que tiene en cuenta la gravedad del comportamiento del deudor, a una objetiva, que califica la existencia de la culpa grave con base en el tipo de obligación infringida o en las calidades del deudor.

⁶⁸ C. CASTRONOVO. *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pp. 536 ss.

⁶⁹ MENICHINO. *Ob. cit.*, pp. 144-193, especialmente 156 ss. y 364-366.

Bajo este criterio se han calificado como gravemente culposas, por una parte, las faltas en las que incurre un profesional como el banquero, el abogado o el médico, y ello con independencia de su efectiva diligencia. Se considera entonces que las personas calificadas que tienen unos conocimientos especiales son con frecuencia más culpables que un no profesional en el incumplimiento de sus obligaciones. En otras palabras, se trata de presumir que la culpa en la que incurre un profesional constituye una *culpa lata* o dolo, y que por lo tanto no admite limitación o exclusión de responsabilidad. Presunción que en todo caso no resulta irrefragable⁷⁰.

En un segundo evento, se han considerado como gravemente culposos los incumplimientos que afectan la *obligación esencial del contrato*⁷¹. Obligaciones que son identificadas fundamentalmente, y no obstante las ambigüedades a las que puede estar sometido el término⁷², con aquellas que caracterizan o determinan la naturaleza del negocio y, por ende, los intereses o expectativas que del mismo nacen para las partes⁷³.

En la primera hipótesis, a pesar de presentarse un grado de objetivación del criterio de la culpa grave, este límite se sigue manteniendo en la esfera de ejecución del contrato, ya que su operatividad sigue determinada por la valoración del comportamiento del deudor aunque se presuma como gravemente culposa.

Por el contrario, en el caso de la obligación esencial del negocio, se evidencia un traslado del control de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad de la etapa de ejecución a la etapa de configuración del contrato, esto es, a la de formación y determinación del contenido obligacional⁷⁴.

⁷⁰ MUÑIZ. Ob. cit., pp. 84 y ss., en especial nota 179.

⁷¹ CORTÉS. Ob. cit., p. 129. Igualmente, T. GENICON. "El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas", *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 13, 2009, pp. 123-159, disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722009000200003&lng=es&nrm=iso], consultado el 15 de agosto de 2011.

⁷² Se trata de un concepto que en todo caso está sometido a muchas ambigüedades: "Basta para eso apuntar a las contradicciones y a los giros dramáticos de los que ha sido objeto, incluso, recientemente. De pronto, el 18 de diciembre de 2007, la obligación de continuidad en el suministro de corriente ya no es para EDF una obligación esencial (o una fracción de su obligación esencial), mientras que, el 8 de noviembre de 2007, se había decidido que el carácter continuo de una conexión a internet era parte integrante de 'la obligación esencial, justamente calificada de resultado', del proveedor de acceso. Y hay que recordar que el 24 de septiembre de 2002, la primera sala civil de la Corte de Casación había, en esa oportunidad, fallado que, en razón de las interrupciones de suministro de EDF, una corte de apelaciones había 'caracterizado, tomando en cuenta la obligación esencial de EDF y la gravedad de los daños para su cliente, la existencia de una falta grave', siendo la obligación expresamente calificada de 'obligación de resultado' [...]. El fenómeno no tiene, por cierto, nada nuevo, ya que mientras la Corte de Casación afirmaba en su sentencia fundadora de 1863 que 'es de la esencia del contrato de arriendo que el arrendador se obliga a [...] mantener [la cosa arrendada] durante todo el plazo del arriendo', fallaba en 1945 que 'la obligación para el arrendador de mantener la cosa [...] y de permitir que el arrendatario goce de ella apaciblemente durante el tiempo del arriendo no era de la esencia del contrato de arriendo', sugiriendo otra vez lo contrario en una sentencia de 1955": GENICON. Ob. cit., pp. 123-159.

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Para un análisis de este proceso, cfr. *ibíd.*

Lo que, en nuestro concepto, se presenta como una solución impuesta por la necesidad de controlar el equilibrio entre los deberes y obligaciones de las partes que exige la buena fe contractual. Criterios estos alrededor de los cuales gira finalmente el control de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en los contratos de adhesión y de consumo en el marco de la regulación de las cláusulas abusivas (ver *infra* III).

B. El orden público y las buenas costumbres

El orden público referido a aquellos intereses o valores de particular y fundamental importancia para la sociedad constituye el límite más sólido de la autonomía negocial en el derecho moderno de los contratos⁷⁵. Se trata de una cláusula general que tiene su fecha de nacimiento en el Código de Napoleón⁷⁶ y que es absorbida por las codificaciones europeas y latinoamericanas de tradición romanista como las de España⁷⁷, la Alemania⁷⁸ y Colombia⁷⁹, en la disciplina general del contrato y las obligaciones.

Se trata además de un límite que generalmente aparece citado al lado de las buenas costumbres, cláusula general que bajo la noción de reglas morales fundamentales para una sociedad⁸⁰ es entendida como parte del orden público o al menos como el aspecto moral del mismo⁸¹ y, por tanto, como límite infranqueable en el ejercicio de la libertad contractual.

Como ya vimos, son precisamente estas dos cláusulas generales, unidas al principio de buena fe, los fundamentos del límite paradigmático a las cláusulas

⁷⁵ La autonomía negocial encuentra en derecho moderno un sólido límite en el orden público y las buenas costumbres, que constituyen un criterio político o ético y están sometidos a una variabilidad histórico-cultural, razón por la cual no existen leyes que determinen y cristalicen, por cuanto han de ser expresión de su tiempo, prevalencias en una sociedad dada, y es al juez a quien le incumbe determinar cuáles son. Cfr. HINESTROSA. "Función, límites y cargas de la autonomía privada", cit., pp. 24 ss. especialmente nota 51.

⁷⁶ La terminología del orden público tiene su fecha de nacimiento en el Código de Napoleón, con la función de presentarse como límite a la autonomía negocial que garantice la supremacía del interés general sobre el particular, evitando que los particulares en sus convenciones desconozcan aquellos valores fundamentales en que se funda el orden social. Cfr. HINESTROSA. Ob. cit., 24 ss. especialmente nota 51.

⁷⁷ Art. 1255 C.C. español: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

⁷⁸ § 138 BGB.

⁷⁹ El artículo 16 C.C. establece: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". Por su parte, el artículo 1519 establece: "Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto".

⁸⁰ En la asimilación de la moral a las buenas costumbres se está ante una moral social objetivada, siendo inmoral lo que repugne a las normas éticas practicadas por la sociedad; esta será moral en sentido objetivo. Cfr. HINESTROSA. "Función, límites y cargas", cit., 25; ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 165 ss.

⁸¹ FLOUR ET AUBERT, pp. 204 y ss., citado *ibíd.*, p. 24.

restrictivas de la responsabilidad en los países de tradición romanista, esto es, la ineficacia del pacto de no responder por dolo y culpa grave (ver *supra* A).

Adicionalmente, se trata de cláusulas generales que se erigen de manera autónoma como límites directos de las cláusulas modificativas de la responsabilidad como expresión de la autonomía contractual y que le dan un mayor grado de flexibilidad al sistema⁸², ya que son fruto de la expresión de los valores y creencias de un pueblo y, por ello, cambiantes en el tiempo; el orden público constituye una cláusula general cuyo contenido no es ni puede ser determinado previa e integralmente⁸³.

En este sentido, además de las normas imperativas señaladas como tales por el legislador a través de la prohibición de pactar cláusulas que le sean contrarias⁸⁴, esta cláusula general se expresa en un "orden público virtual", constituido por principios o postulados jurídicos estimados particularmente importantes para el orden social y que son extraídos por el operador jurídico tanto de las fuentes y metas jurídicas como de las mismas leyes imperativas y de los valores políticos económicos y morales de una determinada comunidad⁸⁵.

Precisamente a este criterio acude la doctrina italiana para dar alcance a la disposición del artículo 1229 del *codice civile* de 1942, que no solo consagra la nulidad de la cláusula de no responder por culpa grave o dolo, sino además de aquellas que contrarían normas de orden público.

Por su parte, la doctrina reconduce este límite a las normas que constituyen una salvaguardia de la integridad física y moral del individuo y a la de sus relaciones familiares⁸⁶.

Ahora bien, la expresión del orden público virtual es la que le da ductilidad al contenido a esta cláusula general, al tiempo que le impone al operador jurídico una labor más acuciosa y audaz para determinar su existencia y aplicación como límite de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad⁸⁷; por ejemplo, determinando que una determinada norma atiende a determinados valores y principios de orden público y que por lo tanto no puede ser derogada.

Para el efecto, resulta entonces necesario tener presentes las diferentes expresiones del orden público, las cuales, valga la pena señalar, pueden coincidir en

⁸² La doctrina considera que al dejar la moral cierta discrecionalidad al juez, a este criterio de control se deberá recurrir solo de manera subsidiaria cuando no haya otro medio de control que permita decretar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que resulten injustas; en efecto, se podría invocar de manera previa al de la moral el criterio de orden público. GUAL. Ob. cit., p. 229.

⁸³ HINESTROSA. Ob. cit., p. 25. ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 173.

⁸⁴ HINESTROSA. Ob. cit., p. 27.

⁸⁵ "Frente al llamado orden público legislativo o textual, que se da cuando expresamente el legislador prohíbe a los particulares celebrar convención contraria a una norma suya a la que le da carácter imperativo, está el orden público virtual: es el juez quien estima si la regla es considerada particularmente importante para el buen orden social y le reconocerá un carácter imperativo": FLOUR et AUBERT, pp. 205 y ss., cit. en HINESTROSA. "Función, límites y cargas", cit., p. 25.

⁸⁶ BIANCA. *Dell'inadempimento*, cit., pp. 492 ss.; MENICHINO. Ob. cit., pp. 29 ss.

⁸⁷ HINESTROSA. Ob. cit., p. 25; ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 178 ss., en términos que acogemos en el presente trabajo.

una misma normativa. Estas son: el orden público político (i) y el orden público económico o intervencionista (ii). El primero, referido al conjunto de normas o principios dirigidos a la conservación y protección de la estructura y seguridad del Estado y de la sociedad, así como a la defensa de bienes jurídicos especialmente tutelados por la sociedad, como la vida y la integridad del individuo y de la familia. Normas y principios que generalmente adquieren un carácter negativo, limitándose a prohibir determinados comportamientos contrarios a sus directivas⁸⁸.

Por su parte, el orden público económico hace referencia a las normas y principios inspirados en la necesidad de intervención del Estado en las relaciones económicas, y se concreta en normas que restringen la autonomía privada, comprendida en ella la libertad contractual. Lo anterior, en aras de amparar en ciertos contratos los intereses de la parte más débil, como el trabajador, el arrendatario, el adherente o el consumidor (orden público económico de protección)⁸⁹, o manifestándose como instrumento para la organización, productividad, eficiencia y equidad del sistema económico (orden público de dirección)⁹⁰.

En el caso específico de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, estas expresiones del orden público se han traducido, por una parte, en normas imperativas que buscan contrarrestar la especial situación de debilidad en que se encuentra una de las partes del contrato para negociar las condiciones del mismo, configurándose al mismo tiempo en un mecanismo de control del abuso de posición dominante. Resultan en este sentido de especial importancia las normas en materia de transporte, sobre las cuales nos detendremos a continuación, así como las normas producidas en la disciplina de los contratos de adhesión y de consumo, a las que dedicamos el acápite final de este artículo.

Por otro lado, el orden público se expresa hoy en la protección y salvaguardia de los derechos fundamentales de las personas, específicamente, el de la vida y la integridad física; principios y valores cuya protección confluye muchas veces en las normas imperativas que se viene de mencionar.

1. Normas imperativas - contrato de transporte

Las normas imperativas que limitan la eficacia de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad resultan recurrentes y de especial importancia en la regulación del contrato de transporte⁹¹. Efectivamente, en estos contratos se tiende a prohibir las cláusulas de exoneración y se admiten dentro de ciertos parámetros las de

⁸⁸ HINESTROSA. Ob. cit., pp. 25 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 220 ss.

⁸⁹ HINESTROSA. Ob. cit., pp. 30 s.; USUAGA. Ob. cit., pp. 62-63; ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 178 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 221 ss.

⁹⁰ HINESTROSA. "Función, límites y cargas", cit., pp. 30 s.; ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 178 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 221 ss.

⁹¹ "Tal vez la prohibición más importante desde el punto de vista económico, en materia de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad civil, la encontramos en el contrato de transporte": TAMAYO. Ob. cit., p. 198.

limitación de responsabilidad. Tratándose de daños a la persona, la tendencia es a prohibir ambos tipos de cláusulas.

En Italia, por ejemplo, el Código de Navegación establece la inderogabilidad de las normas que definen el régimen de la responsabilidad del transportador por los siniestros que afecten al pasajero (art. 415), y en Francia, la Ley 420 del 18 de junio de 1966 establece en sus artículos 33 y 40 la prohibición de pactar cláusulas restrictivas de la responsabilidad en materia de transporte marítimo de personas.

En cuanto a la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, en los países europeos de tradición romanista, como Italia, Francia, España y Alemania, rige el Reglamento n.º 889/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea que modificó el Reglamento n.º 2027/97 a efectos de desarrollar las normas de la Convención de Montreal de 1999. En esta normativa se establecen *plafonds* indemnizatorios dentro de los cuales se limita la responsabilidad de las empresas transportadoras, excepto para los daños causados a la persona del pasajero, casos en los cuales se responde de manera ilimitada en la medida del daño causado. Por otra parte, en la misma normativa se establece la imposibilidad de establecer otras limitaciones de responsabilidad o la de disminuir los topes máximos previstos en la misma normativa.

En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 992 C.Co. establece expresamente que se tendrán por no escritas o pactadas las cláusulas que exoneren total o parcialmente al transportador de sus obligaciones o sus responsabilidades. Nótese que el legislador se refirió exclusivamente a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, razón por la cual, en principio, las cláusulas de limitación de la responsabilidad siguen gozando de plena validez en este tipo de contratos. Precisamente en estos eventos, en nuestro concepto, entra a operar la distinción entre cláusulas de limitación y cláusulas de exoneración de la responsabilidad arriba analizadas (ver *supra* 1.C).

Adicionalmente, tal y como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, esta norma no se debe entender en el sentido de una proscripción absoluta de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad; por el contrario, se debe acudir a una autointegración en que se tengan en cuenta la norma especial y aquellas que regulan el régimen de responsabilidad al interior de cada una de las modalidades del contrato de transporte, al igual que los límites generales previstos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la disciplina general del contrato⁹².

Efectivamente, tratándose de la limitación del monto indemnizatorio, la misma ley permite de manera expresa, en normas posteriores y especiales, que tales cláusulas puedan ser pactadas por las partes (arts. 1031 inc. 3.º y 1644 C.Co.). Se trata de disposiciones permisivas que generalmente van acompañadas de un

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2011, M.P.: William Namén Vargas, ref. 11001-3103026-2000-04366-1.

monto mínimo a indemnizar por parte del deudor (art. 1031 inc. 3° C.Co.). En otros eventos, el régimen especial va acompañado de *plafonds* indemnizatorios que fungen como límite máximo de la indemnización (arts. 1596, 1834, 1835 y 1886 a 1889 C.Co.).

Dependiendo entonces de la específica modalidad del contrato de transporte, las partes podrán establecer límites al *quantum* indemnizatorio, pero no podrán disminuir el monto mínimo previsto en el legislador.

Adicionalmente, los límites convencionales o los establecidos legalmente no podrán ser aplicados cuando se pruebe que el incumplimiento se debe a dolo o culpa grave del deudor, ya sea porque la misma ley lo establece (arts. 1031 inc. 5° y 1644 C.Co.) o por fuerza de integración de la disciplina especial del contrato de transporte con la disciplina que regula este tipo de cláusulas en los contratos en general, y que, como ya analizamos, consagra la prohibición del pacto de no responder por dolo o culpa grave (ver *supra* II.A).

Finalmente, tratándose de la limitación de la responsabilidad por daños a la persona en el contrato de transporte aéreo, el artículo 1881 C.Co. establece un límite máximo para la indemnización, el cual puede ser aumentado pero no disminuido por las partes. Lo mismo sucede con los *plafonds* establecidos con la Convención de Montreal de 1999, la cual rige en el ordenamiento jurídico colombiano para el transporte internacional de personas, de conformidad con la Ley 701 de 2001.

Como se evidencia, se trata de normas en las cuales coexisten principios y valores de orden público político y económico, en las que, por una parte, se busca reforzar la responsabilidad del transportador frente a un deudor que generalmente se encuentra en condiciones de debilidad en la negociación de las condiciones contractuales y, por otra, se persigue la protección de los valores fundamentales de la vida y la integridad física de las personas.

2. Orden público virtual - derechos fundamentales

En el escenario de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, los derechos fundamentales adquieren un rol central, en especial, en atención a la protección de la vida y la integridad física de las personas. Derechos que bajo la cláusula general de orden público político resultan intangibles, indisponibles y por tanto irrenunciables⁹³. A este criterio se recurre, por ejemplo, a efectos de restar eficacia a las convenciones que tienen por objeto limitar o exonerar la responsabilidad en caso de muerte o lesiones personales, especialmente en el contrato de atención médica y en el contrato de transporte de personas, aunque en estos últimos, como acabamos de ver, la disciplina legal generalmente lo prevé de manera expresa.

⁹³ BIANCA. *Dell'inadempimento*, cit., pp. 492 ss.; SUESCÚN MELO. Ob. cit., p. 344; TAMAYO. Ob. cit., pp. 198, 200-201; ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 181; GUAL. Ob. cit., pp. 229 ss.

Precisamente a los derechos fundamentales se ha remitido fundamentalmente la doctrina italiana en la interpretación del artículo 1229 del *codice civile* de 1942, que no consagra solo la nulidad de la cláusula de no responder por culpa grave o dolo, sino también de aquellas que contrarían normas de orden público⁹⁴.

Una interpretación que relativiza este criterio la encontramos en la doctrina nacional, la cual alega la validez de las cláusulas de limitación o de exoneración de responsabilidad cuando estas recaen sobre los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) derivados de la lesión a los derechos a la vida y la integridad física de las personas, pero no así cuando estas recaigan sobre los perjuicios extrapatrimoniales (moral, fisiológico) que desciendan de la misma⁹⁵.

En nuestra opinión, si bien esta distinción no resulta atendible por estar basada en la entidad del daño y no en el bien protegido, que es en últimas el que determina la aplicación del criterio de orden público como límite de la autonomía contractual, consideramos por lo menos discutible la posibilidad de establecer cláusulas limitativas del monto máximo de indemnización en caso de daño a la persona.

Lo anterior, bajo el criterio de que este tipo de cláusulas harían únicamente referencia al monto de la acreencia de la reparación, sin que esto signifique poner en duda el principio de que el cuerpo humano está por fuera del comercio y sin que esto implique atentar contra la integridad corporal de las personas. Criterio que estaría soportado además en el hecho de que la misma ley, en contratos como el de transporte, establece límites máximos para la indemnización en caso de daño a la persona⁹⁶.

No obstante dejar esbozados estos criterios de debate, consideramos más atendible la prohibición total de las cláusulas de limitación y exoneración en cuanto a daños sufridos por la integridad física de una persona, teniendo en cuenta la necesidad de eliminar cualquier mecanismo que pueda incentivar directa o indi-

⁹⁴ BIANCA. Ob. cit., 492 ss; MENICHINO. Ob. cit., pp. 7 ss.

⁹⁵ TAMAYO. Ob. cit., p. 201. Concreta el autor su posición con el siguiente ejemplo: "Si en la presentación de un espectáculo se ha pactado que el empresario no sea responsable en caso de lesiones a los espectadores, las cláusulas no tendrían validez alguna con respecto a los daños extrapatrimoniales (morales, subjetivos, fisiológicos, etc.), pero serán válidas en cuanto al daño emergente y al lucro cesante derivados de lesión, salvo culpa grave o dolo del deudor. Obsérvese que en este último caso no se está renunciando a derechos de la personalidad, sino a derechos puramente patrimoniales. En cambio, a la indemnización por perjuicios morales no se puede renunciar, ya que ella busca reparar el bien extrapatrimonial lesionado". Esta posición parece en todo caso contraria a la asumida por el mismo autor a renglón seguido cuando afirma: "Tratándose de daño a ciertos derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (daño a la vida, a la integridad personal, al honor, a la familia, a la libertad, etc.), dada su naturaleza, el Estado, en su dimensión humanista, vela por que los titulares de esos derechos no renuncien a ellos [...]. Carecen por tanto de validez estas cláusulas, lo que no le quita, en principio, validez al resto del contrato".

⁹⁶ Con una exposición de las vicisitudes a las que han estado expuestas la doctrina y la jurisprudencia italiana y francesa, estos argumentos son reportados por GUAL. Ob. cit., p. 229. Sin embargo, el autor advierte al mismo tiempo que se trata de una tendencia cada vez menos atendible, teniendo en cuenta los esfuerzos a los que se dirigen los ordenamientos en la actualidad para garantizar la indemnización integral de los daños a la persona, y que incluye la eliminación de los techos indemnizatorios en la materia.

rectamente comportamientos negligentes que en la magnitud que fuere lleguen a poner en peligro el valor máximo de la vida y la integridad física de las personas.

Finalmente, importa reiterar que el orden público, como cláusula general que limita la autonomía privada, es uno de los criterios que pueden resultar determinantes para establecer la eficacia o ineficacia de una cláusula que tenga como objeto o efecto modificar el régimen objetivo de responsabilidad al interior de un determinado tipo contractual (ver *supra* II.A.1).

C. Obligación esencial del contrato atado al criterio de la "causa" (caso francés)

El derecho francés, tomando distancia del criterio de culpa grave objetivada que tuvimos la oportunidad de analizar en líneas precedentes, desarrolló a partir del año 1996, con la famosa "sentencia *Chronopost*"⁹⁷, el criterio de la invalidez de la cláusula limitativa del *quantum* indemnizatorio, cuando esta recae sobre la obligación esencial del negocio, atándolo al criterio de la causa del contrato⁹⁸.

En los hechos, una sociedad confió a la empresa de mensajería el envío de un sobre a un organismo público en París, sobre que debía llegar a su destino, de acuerdo con las condiciones de publicidad y del recibo de envío, dentro de las 24 horas siguientes al mismo. Sin embargo, este se verificó efectivamente 48 horas después, perdiendo la sociedad remitente la posibilidad de participar en una licitación pública. En el contrato, el transportador había incluido una cláusula que limitaba su responsabilidad, en caso de retardo, al precio del envío.

Considerando que la obligación esencial de un contrato celebrado con una empresa de mensajería especializada en transporte rápido es garantizar la celeridad y la confianza de su servicio en un tiempo determinado, y que su incumplimiento priva al contrato de su coherencia elemental, la Corte de Casación determinó que la cláusula debía reputarse como no escrita, fundando su razonamiento en el artículo 1131 del *Code civil*, es decir, la nulidad de la cláusula por ausencia de causa.

La corporación eligió así abstraerse completamente del análisis del dolo y de la culpa grave, criterios a los cuales se venía remitiendo hasta ese momento a efectos de invalidar las cláusulas que recaen sobre la obligación esencial del contrato, bajo una especie de culpa grave objetivada⁹⁹.

En el pronunciamiento *Chronopost*, la obligación esencial del contrato se erige en todo caso en un límite que no opera de manera automática sino cuando la cláusula que recae sobre la obligación esencial del contrato causa un desequilibrio

⁹⁷ Compañía francesa de transporte de mercancías que para fines publicitarios se hace conocer como "Los dueños del tiempo". MORALES. "La renovación del concepto de causa en el derecho francés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2009, p. 180, nota 58.

⁹⁸ Cas. comercial del 22 de octubre de 1996, Civ. IV, n.º 261-233, citada y comentada por MORALES. Ob. cit., p. 180, nota 58; GENICON. Ob. cit., pp. 123-159.

⁹⁹ MORALES. Ob. cit., p. 180, nota 58; GENICON. Ob. cit., pp. 123-159. Cfr. igualmente *supra*, B.3.

general del contrato que priva a la obligación esencial de su verdadero alcance en contraste con la buena fe contractual, circunstancia que en el caso particular se determinó a partir del carácter *irrisorio* de la cláusula¹⁰⁰.

Se trata de un pronunciamiento que fue posteriormente endurecido, bajo el criterio de que, con independencia de la irrisoriedad, las cláusulas que limitan el monto indemnizatorio solo pueden recaer sobre los efectos de una obligación secundaria, pues si llegaran a recaer sobre el núcleo de la obligación, y sin importar el carácter irrisorio de la cláusula, las mismas terminarían por desnaturalizar el negocio mismo despojándolo de toda "causa"¹⁰¹.

Este pronunciamiento fue muy criticado por la doctrina francesa, bajo la consideración de que a las mismas soluciones se podría haber llegado a través de otros medios como el de la culpa grave (tal y como venía operando hasta ese momento), o por vía de la resolución del contrato por incumplimiento, o en todo caso analizando el tema en relación con la etapa de ejecución del contrato y no con el de su formación o constitución, tal como lo hizo la Corte al sustentar su posición en la "causa" del contrato¹⁰². Adicionalmente, las críticas se dirigieron a señalar que, por tratarse la *obligación esencial* de un término sujeto a muchas ambigüedades¹⁰³, y habida cuenta de la potencialidad de las cláusulas que limitan el *quantum* indemnizatorio para recaer generalmente sobre las obligaciones esenciales, este criterio llevaría prácticamente a la proscripción absoluta de las cláusulas que delimitan el monto máximo de la reparación¹⁰⁴.

Con independencia de las críticas apenas reseñadas y tal como lo adelantamos en el análisis del criterio de la culpa grave objetivada (ver *supra* II.A.2), lo que se revela con el criterio de la *obligación esencial* es que por vía de los límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad se comienzan a abordar en la teoría general del contrato problemáticas que no se ubican solo en la etapa de ejecución del negocio, sino también en la de su formación, más específicamente, en la estructura interna y en el contenido de las obligaciones de las partes¹⁰⁵.

Circunstancia que conduce a configurar límites a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, que finalmente recaen operativamente en la esfera de la configuración del objeto y del contenido de las obligaciones de las partes. Todo lo anterior, como respuesta a la exigencia de garantizar un equilibrio mínimo de los derechos y las obligaciones que nacen del contrato para las partes; equilibrio contractual que constituye la finalidad de la regulación de los contratos de adhe-

¹⁰⁰ GENICON. Ob. cit., pp. 123-159.

¹⁰¹ Para demostración con el análisis de las sentencias respectivas cfr. *ibíd.*

¹⁰² Para un análisis de las críticas en este sentido y con citación de las diferentes posiciones doctrinales, cfr. MORALES. Ob. cit., p. 181.

¹⁰³ Cfr. *supra*, nota 72.

¹⁰⁴ GENICON. Ob. cit., pp. 123-159.

¹⁰⁵ Sobre el paso del tratamiento de las cláusulas de responsabilidad de la esfera de la ejecución del contrato a la esfera de su formación, cfr. *ibíd.*

sión y de consumo, y que indiscutiblemente se puede ver afectado incluso con la configuración del negocio mismo y de las obligaciones que nacen del contrato.

En este mismo sentido, consideramos oportuno indicar, por último, que este límite concebido frente a las cláusula restrictivas de la responsabilidad por el derecho francés, puede adquirir especial utilidad u operatividad en relación con las cláusulas de exoneración de responsabilidad que por expresa disposición de las partes o por efecto de una cláusula general o abstracta pueden tener como efecto la modificación del régimen de responsabilidad, de objetivo a subjetivo (ver *supra* I.B y II.A.2).

Lo anterior, bajo el criterio de que una cláusula que modifica el régimen de responsabilidad no puede afectar, al punto de desconocerlas, las obligaciones esenciales de un determinado negocio; obligaciones cuyo alcance está íntimamente ligado con los riesgos que el legislador deja a cargo del deudor, en virtud de un determinado régimen de responsabilidad previsto al interior de un específico tipo contractual o que se desprenda de la naturaleza del negocio.

III. LÍMITES A LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD EN LA ESPECIAL CATEGORÍA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN Y DE CONSUMO

Fruto de la producción en masa que se presentó a partir de mediados del siglo XIX con la implementación de los principios de la economía liberal¹⁰⁶, las compañías industriales y comerciales se vieron abocadas a establecer mecanismos de control de la contratación masiva, como fueron los contratos estándar producidos a través de condiciones generales previamente redactadas por las empresas.

El fenómeno de la estandarización conduce así al de la predisposición unilateral de las condiciones generales del contrato, las cuales generalmente terminan por perfeccionarse a través de la adhesión a las mismas por parte del contratante débil. Surge entonces el fenómeno de los *contratos de adhesión*, materializado en un texto que el adherente se limita a suscribir con todas las condiciones impuestas por la otra parte o a rechazar por completo¹⁰⁷. En otras palabras, a través de los contratos de adhesión se amplían o perfeccionan generalmente las condiciones generales de contratación.

Por su parte, estas modalidades contractuales se presentan generalmente frente a una categoría de contratos cualificada por el estatus de los contratantes y conocida específicamente como contratos de consumo¹⁰⁸. En ellos, una de la partes,

¹⁰⁶ R. SACCO y G. DE NOVA. *Trattato di diritto civile. Il contratto*, 1, Torino, 2004, pp. 361 ss.

¹⁰⁷ V. ROPPO. *Il contratto. Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pp. 41 ss.

¹⁰⁸ La categoría de los contratos con los consumidores está determinada por el especial estatus de las partes contratantes, para la cual resulta ilustrativa la definición incluida en la Directiva 13 de 1993 de la Comunidad Europea, que tiene como finalidad unificar el régimen de estos contratos en los países miembros y que ha sido adoptada por las legislaciones internas: "Artículo 2. A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) 'cláusulas abusivas': las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; b) 'consumidor':

llamada "consumidor", se enfrenta a la otra, llamada "empresario" o "profesional", en términos de desigualdad de conocimientos técnicos y de capacidades financieras para la negociación del contrato¹⁰⁹.

De ahí que en este tipo de contratos el profesional imponga al consumidor, habitualmente a través de condiciones generales predispuestas y contratos de adhesión, cláusulas que implican injustificados desequilibrios en contra de la parte débil de la relación obligatoria y que han sido denominadas por los distintos ordenamientos como cláusulas abusivas, vejatorias o leoninas. Cláusulas dentro de las cuales resultan frecuentemente incluidas las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

Inicialmente, este fenómeno fue atendido a través de los principios y cláusulas generales incluidos en los códigos decimonónicos para limitar la autonomía contractual, los cuales pueden ser resumidos de manera general en el orden público, las buenas costumbres y el principio de buena fe contractual. Posteriormente, se comenzó a sentir la necesidad de una reglamentación especial de la materia, a efectos de establecer controles y reglas de mayor rigor que permitieran proteger a la parte débil de la relación contractual.

En la búsqueda de cumplir este objetivo, las regulaciones producidas por los distintos ordenamientos resultan poco homogéneas: pasan de una formal, que tiende a garantizar el efectivo conocimiento y aceptación de las cláusulas por la parte débil del contrato (art. 1341 *codice civile*), a una sustancial, que aboga por un control real de contenido, a fin de contrarrestar los desequilibrios contractuales que se puedan generar entre los derechos y las obligaciones de los contratantes.

El ordenamiento alemán, por ejemplo, reguló el tema de las cláusulas abusivas por fuera y por dentro de los contratos de consumo, en el marco de las Condiciones Generales de Contratación (*AGB Gesetz*, hoy incorporadas en los §§ 307-310 *BGB*)¹¹⁰.

Otros ordenamientos se han limitado a emitir una regulación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, como sucede en el ordenamiento francés (*Code de la consommation*, modificado por la Ley 9596 de 1995).

toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) 'profesional': toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada".

¹⁰⁹ "El fenómeno de los contratos estandarizados por adhesión, corresponde prevalentemente a las empresas que contratan con consumidores. Pero no excluye que el predisponente en un contrato de adhesión sea un no empresario. Ejemplo de lo anterior sería el arrendador que ofrece la adhesión del arrendatario a un texto estándar predispuesto por una asociación de propietarios de edificios. No se excluye que el adherente sea a su vez un empresario, como el comerciante que obtiene servicios bancarios": ROPPO. Ob. cit., p. 905.

¹¹⁰ La ley de cláusulas generales de contratación alemana (*AGB Gesetz*) que regula los contratos de adhesión por dentro y por fuera del contrato de consumo fue expedida por Ley 9 de diciembre de 1976 y modificada mediante Ley del 19 de julio de 1996, a efectos de la incorporación en la legislación interna de este país de la Directiva 93/13 de 1993. Posteriormente, esta ley fue incorporada al *BGB* en los §§ 307-310, mediante Ley del 1º de enero de 2002.

Por su parte, en ordenamientos como el italiano y el brasileño se ha producido una doble reglamentación: una en materia de contratos con condiciones generales predispuestas o de adhesión (arts. 1341 y 424 C.C. respectivamente), y otra en materia de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores (arts. 33-37 *codice del consumo* y 51 Ley 8078 de 1990 de Brasil).

En el caso colombiano, la nueva Ley de Protección al Consumidor (1480 de 2011) establece una reglamentación para las cláusulas incluidas en las "Condiciones Negociales Generales y en los Contratos de Adhesión" (tít. II de la ley) y posteriormente, dentro del mismo cuerpo normativo, establece una reglamentación particular para las cláusulas abusivas (tít. III de la ley).

De otra parte, las técnicas de control que desde el punto de vista sustancial se han concebido para este tipo de cláusulas, también gozan de mucha heterogeneidad. En algunos eventos, por ejemplo, se ha acudido a establecer una definición general y abstracta de cláusulas abusivas, quedando en manos del juez su identificación en el caso concreto con base en la descripción dada en la cláusula general, tal como sucede en el ordenamiento brasileño en materia de contratos de adhesión (art. 424 C.C. de 2002).

En la mayoría de casos, sin embargo, la cláusula general viene acompañada de una lista de cláusulas que se consideran abusivas. Técnica que tuvo origen en el ordenamiento alemán en el marco de la regulación de las Condiciones Generales de Contratación seguida por la Directiva 13/93 de 1993 del Consejo de la Unión Europea, y que por esta vía se extendió con un cierto grado de uniformidad en los países europeos de tradición romanista. En el caso colombiano, este último sistema fue adoptado por la nueva Ley de Protección al Consumidor.

Finalmente, las listas de las cláusulas abusivas pueden ser blancas, grises o negras, o combinarse entre ellas. Las primeras, resultan ser meramente indicativas, correspondiendo al juez o al órgano competente la función de determinar en cada caso concreto si se trata o no de cláusulas abusivas, tal como sucede en el caso francés.

La lista gris, por su parte, implica una presunción legal en virtud de la cual no será necesario para el consumidor probar el desequilibrio contractual que la cláusula incluida en la lista, porque este se presume, pero al mismo tiempo el profesional podrá presentar prueba en contrario demostrando que, a pesar de que la cláusula es abstractamente desequilibrante, no puede en concreto considerarse como a la luz del conjunto de cláusulas que integran el contrato. Por esta metodología optó la Directiva 13/93 del Consejo de la Unión Europea y a través de esta permeó el ordenamiento de países europeos de tradición romanista como Italia y España.

Finalmente, la lista negra de cláusulas abusivas implica una presunción de derecho que, en consecuencia, no admite prueba en contrario. Así sucede, por ejemplo, con la Ley de Protección del Consumidor de Colombia (art. 43 Ley 1480 de 2011). Países como Alemania acogieron una solución ecléctica, en la

que se combinan una lista gris y una lista negra de cláusulas abusivas, al lado de la cláusula general que las define (§§ 307-310 BGB).

Bajo estas premisas pasemos ahora a analizar la regulación de las cláusulas modificativas de la responsabilidad en la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo.

A. Aceptación expresa de las cláusulas como requisito de forma (caso pionero del derecho italiano)

La aceptación expresa de las cláusulas presuntamente abusivas como un requisito de forma *ad substantiam actus* fue establecida por el ordenamiento italiano en el artículo 1341 del *codice civile*. El legislador enfrenta así el fenómeno de las cláusulas abusivas bajo el perfil de la formación del contrato¹¹¹, buscando evitar que dentro del mismo se incluyan cláusulas que el adherente no conoció al momento de la conclusión del contrato y sobre las cuales por ende no tuvo manera de reflexionar.

Adicionalmente, frente a cláusulas que se consideran particularmente peligrosas u onerosas para el adherente (entre ellas la cláusula de limitación y exoneración de la responsabilidad) el legislador estableció que las mismas debían ser aprobadas o aceptadas de manera específica y por escrito por el adherente. Se trata de un doble control, que tiene como finalidad asegurar o dar certeza del conocimiento de este tipo de cláusulas por parte del adherente¹¹².

Aunque el elenco de las cláusulas consideradas potencialmente abusivas por la norma resulta taxativo, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado una interpretación extensiva de este listado, con especial atención a las cláusulas de limitación y exoneración de la responsabilidad. Lo anterior, a efectos de ampliar el ámbito de aplicación de la norma a aquellas cláusulas que modifican indirectamente el régimen de responsabilidad, como aquellas que determinan el riesgo asegurado en el contrato de seguro de responsabilidad¹¹³.

Ahora bien, este requisito *ad substantiam actus* fue particularmente criticado por la doctrina, por tratarse de un control formal y no sustancial, que finalmente no impedía que en los contratos predispuestos se incluyeran cláusulas desventajosas para el adherente. Circunstancia que posteriormente encontró correctivo en materia de contratos de consumo, con la incorporación al derecho interno italiano de la Directiva 93/13 de 1993¹¹⁴.

¹¹¹ SACCO y DE NOVA. Ob. cit., pp. 361 ss.

¹¹² DELOGU. Ob. cit., p. 261. La doctrina discute sobre el régimen aplicable en ausencia de este requisito. La jurisprudencia es firme en considerarla afectada a la nulidad absoluta. Gran parte de la doctrina objeta la *ratio* de la norma, la cual legitimaría la solicitud de nulidad solamente para el adherente, tratándose entonces de nulidad relativa. Algunos hablan de inoponibilidad, otros de ineficacia. Cfr. ROPPO. Ob. cit., p. 907.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 907 ss.

No obstante las críticas, a este criterio formal se le reconoce la bondad de preservar el deber de información del predisponente en relación con el adherente, como mecanismo de garantía del cumplimiento de los deberes de transparencia y lealtad que tienen los contratantes en virtud del principio de la buena fe contractual¹¹⁵.

Precisamente, bajo estos últimos presupuestos un país de tradición romanista como Colombia, entre otros, a pesar de no tener inicialmente norma expresa en la materia, había previsto jurisprudencialmente ya desde el año 1972 que si la parte débil del contrato no había tenido la posibilidad de conocer y aceptar la cláusula modificativa de la responsabilidad, esta no le sería oponible¹¹⁶.

Hoy, la nueva Ley de Protección al Consumidor colombiana establece expresamente en su artículo 37 la ineficacia de las condiciones generales del contrato y los contratos de adhesión en que no se haya informado suficiente, anticipada y expresamente dirigida al adherente sobre la existencia, efectos y alcance de las condiciones generales. En materia de seguros, adicionalmente, se establece que el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y las garantías.

En aplicación de esta norma, todo tipo de cláusulas modificativas de la responsabilidad y, en general, todo tipo de cláusulas que determinen el contenido y los efectos del negocio en un contrato de adhesión o con condiciones generales predispuestas, están sometidas por expresa disposición legal a una condición formal *ad substantiam actus*, que más que un verdadero límite a estas cláusulas se constituye en una exigencia para su existencia.

B. El equilibrio normativo del contrato que exige la buena fe

La buena fe objetiva, como modelo o regla de conducta fundada en el comportamiento correcto, leal y honesto que deben seguir ambos contrayentes en la ejecución del contrato¹¹⁷, constituye un principio reconocido en el derecho de las obligaciones y de los contratos en los países pertenecientes a la tradición jurídica romana¹¹⁸.

Principio que no solo implica actuar de manera correcta y proba, sino que además permite integrar las obligaciones contractuales desde el punto de vista

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ La jurisprudencia consideró que para que las cláusulas restrictivas de responsabilidad sean válidas, se deberá probar que el acreedor las ha aceptado libremente, de tal manera que no resulta suficiente que el acreedor afectado con la cláusula la haya conocido. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1972, M.P.: Humberto Murcia Ballén, CXLI.

¹¹⁷ M. L. NEME VILLARREAL. "Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 17, 2009, pp. 44 ss.

¹¹⁸ Art. 1175 *codice civile*; art. 1134 *Code civil*; § 242 BGB; art. 1546 C.C. chileno y arts. 1603 C.C. y 871 C.Co. colombianos.

positivo y negativo, por ejemplo, con deberes de colaboración y protección o, en todo caso, de salvaguardia de las expectativas suscitadas recíprocamente por los contratantes¹¹⁹, así como de abstención de ciertos actos o conductas extraños al equilibrio y la congruencia causal del contrato¹²⁰.

La buena fe se erige así, en la disciplina general del contrato, en un límite a la autonomía negocial y por ende de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad¹²¹. Límite que puede verificarse en el caso concreto mediante la valoración del ejercicio del poder de la parte que ha establecido la cláusula, perfilado entonces como instrumento de control del abuso del derecho¹²².

Pero, en la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo, esta fuerza integradora se concreta de manera particular en la referencia a la buena fe como parámetro a través del cual se valora el grado de afectación o razonabilidad de una determinada cláusula, frente al equilibrio normativo del contrato¹²³ y a fin de contrarrestar las ventajas excesivas que se puedan presentar en este tipo de contrataciones.

En este sentido, no obstante el equilibrio contractual constituya una regla que se impone en todo tipo de convenciones a la luz del principio de la buena fe¹²⁴, como veremos, esta parece traducirse en exigencias más severas en el caso de la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo.

Ahora bien, el recurso a la buena fe como principio que permite valorar el grado de afectación del equilibrio contractual fue especialmente influenciado en el sistema europeo por el ordenamiento jurídico alemán¹²⁵, a través de la Ley de Condiciones Generales Predispuestas (*AGB Gesetz*, hoy incorporadas, como ya se

¹¹⁹ CECCHERINI. Ob. cit., pp. 128 ss. La buena fe contractual va a consistir en una conducta leal caracterizada por el consciente respeto hacia el interés de la contraparte, lo que se traducirá en una actitud activa de cooperación en interés ajeno, en un actitud de fidelidad al vínculo, por el cual una de las partes de la relación obligatoria está lista a satisfacer la expectativa de prestación de la contraparte: E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, pp. 69 ss.

¹²⁰ Dando importancia al hecho de que la función integradora de la buena fe como límite de la autonomía negocial ha sido recientemente recobrada por la doctrina del sistema jurídico europeo continental, y expresamente consagrada en los artículos 1:102 y 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, desarrollada por la Comisión Lando, CECCHERINI. Ob. cit., pp. 128 ss.

¹²¹ ÁLVAREZ. Ob. cit., pp. 192 y ss.

¹²² CECCHERINI. Ob. cit., pp. 131 ss.

¹²³ Aunque se trate de conceptos distintos, existe un estrecho nexo entre la equidad y la buena fe, donde el primero actúa como mecanismo de protección del equilibrio contractual, a favor de la parte débil, pero para lograr tal fin se recurre al principio general de la buena fe objetiva, entendida como correctivo general. BIANCA. *Diritto civile*, cit., p. 520.

¹²⁴ Para un profundo análisis del origen romano de la regla de la buena fe como principio que limita la autonomía privada, con especial atención a la protección del sinalagma contractual, cfr. M. L. NEME VILLARREAL. *La buena fe en el derecho romano*, Bogotá, 2011, pp. 207 ss.

¹²⁵ Para un análisis sobre el diferente alcance del principio de la buena fe contractual en el control de las cláusulas abusivas, ver CECCHERINI. *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, cit., 128 ss., especialmente 131.

recordó, en el BGB, §§ 307-310). En este cuerpo normativo, el legislador alemán definió de manera general y abstracta las cláusulas abusivas, como aquellas que causan un perjuicio no razonable a la contraparte en contraste con los dictámenes de la buena fe¹²⁶.

Una posición similar fue adoptada por el legislador comunitario europeo mediante la Directiva 93/13 de 1993¹²⁷, en la cual se definieron las cláusulas abusivas como aquellas que contrariando la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo a los derechos y obligaciones que derivan del contrato para cada una de las partes. Criterio que fue replicado, con algunos matices, en el ordenamiento interno de países europeos de tradición romanista como Italia, Francia y España.

Se trata de un desequilibrio significativo o irrazonable, que en la opinión generalizada de la doctrina italiana no toca la economía del contrato entendida como correspondencia entre precio y prestación¹²⁸, sino que se enmarca en un equilibrio normativo representado en la correspondencia, al menos tendencial, del conjunto de derechos y obligaciones que nacen para cada una de las partes del contrato¹²⁹.

En este orden de ideas, toda cláusula restrictiva de la responsabilidad que cause un significativo desequilibrio del contrato, en contraste con la buena fe, podrá ser reputada como cláusula abusiva, y por ende sujeta a las sanciones de ineficacia previstas en el ordenamiento de los miembros de la Unión.

Adicionalmente, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad pueden ser consideradas a priori como abusivas, a partir de su inclusión en las listas blancas, grises o negras que generalmente acompañan la definición de la cláusula general.

El ordenamiento italiano, por ejemplo, incluyó en una lista gris todas aquellas cláusulas que tengan como objeto o efecto, entre otras, excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a la acción u omisión del primero, y aquellas que excluyen o limitan de *forma inadecuada* los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte, en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defec-

¹²⁶ Para un análisis sobre el diferente alcance del principio de la buena fe contractual en el control de las cláusulas abusivas, ver *ibíd.*, pp. 128 ss., en especial p. 131.

¹²⁷ CECCHERINI. *Ob. cit.*, 128 ss., especialmente 145 ss.

¹²⁸ La economía del contrato representada en el precio (remuneración del bien o servicio) se encuentra reservada a la autonomía privada, sin embargo el desequilibrio normativo puede llevar ínsito un desequilibrio económico de los valores en juego. Cfr. ROPPO. *Ob. cit.*, 913. El equilibrio económico indica la equivalencia tendencial entre el valor de la prestaciones correlativas. Sin embargo, es verdad que la cláusula que las cláusulas que asignan los derechos y los deberes de las partes están íntimamente ligadas con el aspecto económico del contrato, el cual precisamente se constituye como instrumento para regular relaciones patrimoniales. Circunstancia que no permite delimitar con claridad entre equilibrio normativo y económico, donde el primero se presenta como instrumento del segundo. E. GUERINONI. *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, pp. 113-114.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 113.

tuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por parte del profesional (arts. 33 y 36 *codice del consumo*)¹³⁰.

Como se observa, el primer tipo de cláusulas está dirigido a limitar de manera pura y simple las cláusulas restrictivas de la responsabilidad que atentan contra el bien jurídico de la vida y la integridad física de las personas, no siendo otra cosa que la ratificación del sustrato del artículo 1229 del *codice civile* que establece la nulidad de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad que contrarían normas de orden público.

Por su parte, de la descripción del segundo tipo de cláusulas vemos una tendencia a limitar las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, pero no de manera pura y simple, sino, por el contrario, atada al grado de razonabilidad de la misma, lo que ya de entrada deja un margen al intérprete jurídico para la calificación de estas cláusulas como abusivas.

Adicionalmente, al tratarse de una lista gris, la contraparte podrá siempre demostrar que la cláusula reputada como limitativa o de exoneración de responsabilidad no resulta abusiva, probando que la misma no causa un significativo desequilibrio de las obligaciones y los deberes de las partes, vistas por ejemplo la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del cual este dependa (art. 34 *codice del consumo*).

A este punto de análisis y teniendo en cuenta que con algunos matices y por vía de la implementación de la Directiva 93/13 de 1993 este esquema de regulación de las cláusulas abusivas, y más específicamente de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, lo encontramos replicado en los códigos de consumo de Francia¹³¹

¹³⁰ Italia incorporó la Directiva europea 93/13 de 1993 al ordenamiento interno mediante Ley 52 de 1996, adicionando el artículo 1496 del *codice civile*, posteriormente abrogado por el *codice del consumo* expedido en el año 2005 (arts. 33-37 y 114-127).

¹³¹ El ordenamiento francés inicialmente, en el *Code de la consommation* expedido mediante Ley 7823 del 10 de enero de 1978, había definido cláusulas abusivas aquellas impuestas a los consumidores en abuso del poder económico del profesional, confiriéndole a este último una ventaja excesiva (art. 35); cláusulas que entonces, previa calificación por parte de la Comisión de Cláusulas Abusivas creada por la misma ley, podían ser prohibidas, limitadas o reglamentadas por el Consejo de Estado, y dentro de las cuales podrían encuadrarse las cláusulas modificativas de la responsabilidad, tal como efectivamente se verificó con el Decreto 78464 del 4 de marzo de 1978, promulgado por la administración, en el cual se prohibieron las cláusulas limitativas o de exoneración en los contratos de venta. Más adelante, mediante la incorporación de la Directiva europea 93/13 de 1993, efectuada mediante Ley 9596 de 1995, con que se introdujo al *Code de la consommation* el artículo L. 132 - 1, se redefinieron como cláusulas abusivas aquellas cláusulas que tienen por objeto o por efecto producir, en detrimento del consumidor, una desigualdad significativa entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. En la nueva legislación, se optó por mantener la posición de que sea el Gobierno, por medio del Consejo de Estado, quien, con base en la definición de la norma, pueda establecer ciertas cláusulas como abusivas, previo concepto de la Comisión de Cláusulas Abusivas, teniendo como efecto que las mismas sean consideradas como no escritas. Por su parte, en anexo al art. L. 132 - 1 del *Code de la consommation*, se consagró un listado indicativo de cláusulas que podrían ser catalogadas como abusivas, sin que la misma implique una presunción del carácter

y España¹³², resulta oportuno observar cómo, tanto en el código de consumo de Italia como en el de Francia, se establece expresamente que la calificación de un cláusula como abusiva no podrá recaer sobre las cláusulas que determinen el objeto del contrato, siempre que este se encuentre determinado de forma clara y comprensible¹³³.

Se trata de un criterio que tiene origen en la Directiva 93/13 de 1993 y que, como veremos, entra en contraste con la operatividad del carácter abusivo de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, dada la relación de recíproca influencia que existe entre estas cláusulas y las que delimitan el objeto y las obligaciones principales del contrato (ver *infra* IV).

Por ahora nos limitamos a señalar que algunos pronunciamientos jurisprudenciales, así como la doctrina Italiana, se han orientado a calificar como cláusulas

abusivo de la cláusula a favor del predisponente (lista blanca). En esta lista se incluyeron tipologías de cláusulas modificativas de responsabilidad, entre ellas, aquellas que tengan por objeto o efecto: a) Excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de fallecimiento o lesiones personales irrogadas a un consumidor, de resultar de una acción u omisión del profesional. b) Excluir o limitar de forma improcedente los derechos legalmente reconocidos a un consumidor frente al propio profesional o a un tercero en caso de incumplimiento total o parcial o de cumplimiento defectuoso de cualquier obligación contractual, incluido el derecho a compensar una deuda contraída con el profesional con un crédito que ostente contra el mismo.

¹³² En el ordenamiento español, mediante Ley 7 del 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales Predispuestas, expedida con ocasión de la entrada de este país a la Unión Europea y a efectos de incorporar a dicho ordenamiento la Directiva 93/13 de 1993, se modificó la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), Ley 26 del 19 de julio de 1984, introduciendo en su artículo 10 *bis* la definición de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, así: "aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato". A su vez, la normatividad sanciona dichas cláusulas con la nulidad, sin perjuicio del mantenimiento del contrato. Al igual que en el caso italiano, esta normativa estableció una lista gris de cláusulas que se presumen abusivas y entre las cuales se señalan: "... 9. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o [la] sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias. 10. La exclusión o limitación de responsabilidad del profesional en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquél, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, sí puede engendrar merma de las garantías de éste". Algunos doctrinantes, teniendo en cuenta que la disposición adicional primera del artículo 10 *bis* utiliza los términos "tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes", consideran que la lista donde se encuentran las transcritas cláusulas modificativas de la responsabilidad corresponde a una lista negra. *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, p. 190, cit. en A. KEMELMAJER. *Las cláusulas abusivas*, cit., p. 310.

¹³³ Artículos 34 del Código de Consumo de Italia y L. 132-1 del Código de Consumo de Francia. Estos artículos corresponde al artículo 4 de la Directiva 93/13 de 1993.

modificativas de la responsabilidad convenciones que al mismo tiempo delimitan el objeto del contrato –como aquellas que delimitan el riesgo asegurable– bajo el criterio de que cuando una cláusula afecta la esencia del negocio al punto de causar un evidente desequilibrio de las prestaciones de las partes, se está realmente ante una cláusula modificativa de la responsabilidad. Lo anterior, obedeciendo evidentemente a la dificultad de diferenciar entre unas y otras, y ante la necesidad de proteger finalmente el equilibrio del contrato que puede verse afectado con ambos tipos de cláusulas.

Pasando al ordenamiento jurídico colombiano, el equilibrio normativo del contrato como límite a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad fue inicialmente previsto por el legislador colombiano en el marco de los contratos suscritos con los consumidores, pero limitado al sector de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, la Ley 142 de 1994, que rige en materia de servicios públicos domiciliarios, establece en su artículo 133 una "lista gris" de cláusulas abusivas, entre ellas, *las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes*, o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba a que esas normas ponen en cabeza de la empresa.

Se trata de un listado de cláusulas que se presumen abusivas, pero que admiten prueba en contrario cuando, al considerarse en conjunto con todas las cláusulas del contrato, se concluye que se encuentran en equilibrio con los demás derechos y obligaciones que asume cada una de las partes.

Una vez más, entonces, es el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes el que exige la buena fe, la que determina la validez de este tipo de cláusulas. Esto, aunque en el caso particular de la ley de servicios públicos el legislador haya omitido la referencia directa a este principio.

La presunción del carácter abusivo se desvirtuará además en aquellos casos en que se requiera permiso expreso de la Comisión de Regulación del respectivo servicio público para incluir algunas de tales cláusulas y esta lo haya dado.

1. Tipicidad del contrato y naturaleza del negocio (caso alemán, brasileño y argentino)

El actual § 307 BCB define de manera general y abstracta las cláusulas abusivas, como aquellas que causan un perjuicio no razonable a la contraparte en contra de las exigencias de la buena fe. Adicionalmente, se establece que en caso de duda estas circunstancias se presumen cuando la cláusula:

- 1) no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de que diverge, o
- 2) restringe derechos o deberes fundamentales que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato.

Resulta evidente que las anteriores disposiciones remiten de forma directa el "equilibrio del contrato" al equilibrio del tipo contractual, reconociéndole a este su función ordenadora del reglamento del contrato en cuanto dirigido a distribuir de manera equitativa las ventajas de los concurrentes en la conclusión del negocio¹³⁴, el cual se convierte por contera en límite directo de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

De manera adicional, el § 309 BGB establece una lista negra de cláusulas que resultan abusivas y frente a las cuales no existe posibilidad de valoración ni prueba en contrario, entre ellas, las que excluyen la responsabilidad en caso de lesión a la vida, a la integridad física, a la salud y en caso de culpa grave, del predisponente o de sus auxiliares.

En aplicación de estos dos criterios, el general y el particular, una cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad será abusiva en el ordenamiento alemán, no solo de manera absoluta cuando se trate de cláusulas que exoneren al deudor o a sus auxiliares del dolo o de la culpa grave en el cumplimiento de sus obligaciones, o de cláusulas que limiten o exoneren la responsabilidad por daños a la persona o a la salud del consumidor (§ 309 BGB), sino además, y con independencia de que el deudor haya actuado con culpa grave o dolo, cuando por medio de la exclusión o limitación de la responsabilidad se limiten derechos y obligaciones esenciales resultantes del "tipo contractual" o de la naturaleza del negocio, al punto de menoscabar o poner en peligro los principios fundamentales del tipo o el logro de la finalidad contractual.

En relación con el criterio general del § 307, resulta oportuno resaltar que al igual que en el ordenamiento italiano y el francés, el control de un eventual desequilibrio normativo del contrato encuentra un muro de contención en la disposición que establece que el régimen de las cláusulas abusivas solo rige para aquellas en las cuales se pacten regulaciones divergentes o complementarias (§ 307-3).

Disposición que remite claramente al objeto y las obligaciones principales del negocio y que por lo tanto entra en contraste con la recíproca influencia y difícil distinción entre estas cláusulas y las cláusulas restrictivas de la responsabilidad (ver *infra* IV).

Dejando de lado por ahora esta última observación, pasemos a Latinoamérica.

En efecto, en línea con el criterio general concebido por el derecho alemán, el Código Civil de Brasil del año 2002 consagró para los contratos de adhesión una definición general y abstracta de cláusulas abusivas, definiéndolas como todas aquellas que *desnaturalizan el negocio o las obligaciones de las partes*¹³⁵.

A su turno, la Ley de Defensa al Consumidor de Argentina (Ley 24240 de 1993), sin dar una definición abstracta de cláusulas abusivas, establece una lista

¹³⁴ C. DE SOUSA ZANETTI. *Direito contratual contemporâneo. A liberdade contratual e sua fragmentação*, Brazil, 2008, p. 258.

¹³⁵ Art. 424 C.C. de Brasil: "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio".

negra de cláusulas que se reputan como tales y dentro de las cuales incluye aquellas que *desnaturalicen las obligaciones de las partes*.

Aunque en estas últimas disposiciones no se indique expresamente, como sí sucede en el ordenamiento alemán, estas limitaciones a la autonomía contractual en materia de contratos de adhesión y de consumo pueden reconducirse directamente al equilibrio entre los derechos y los deberes ínsitos en el tipo legal o en el tipo ideal que puede determinarse en función de la naturaleza del negocio, bajo la consideración de que los mismos no podrán ser desdibujados por las partes al punto de desconocer la esencia del tipo o la finalidad misma del negocio.

Para el efecto, fungen como instrumentos de lectura adecuados no solo el derecho alemán, sino las soluciones dadas por la tradición jurídica a la cual pertenecen estos países. Nos referimos específicamente a los principios y reglas que evolucionaron en el seno del derecho romano en materia de cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

Como tuvimos oportunidad de analizar en el primer escrito de este trabajo, el límite del dolo y de la culpa grave no constituyó el límite primigenio de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el derecho romano, sino la estructura típica de cada contrato que se resistía ante las convenciones ocasionales que pretendían modificar sus contornos, al punto de desnaturalizarlo y desconocer los valores propios que entraña el respectivo tipo contractual.

Estructura típica que es percibida por los juristas romanos como expresión natural de cada relación jurídica y que podía resultar en algunos aspectos derogables y otros inderogables¹³⁶.

Así por ejemplo, el derecho romano rechazaba los pactos que limitaban la responsabilidad del colono por el acto de sus esclavos, constituyendo este un *periculum* que se encontraba típicamente a su cargo (D. 19.2.30.4), o el deber de custodia del *horrearius* sobre los bienes depositados en su negocio (D. 19.2.60.6), o la responsabilidad del vendedor del trigo *in herbis* por la pérdida del trigo causado por caso fortuito, teniendo en cuenta que de acuerdo con las reglas de distribución del riesgo este debía ser asumido por el comprador (D. 18.1.78.3).

En este sentido, es el equilibrio contractual ínsito en el tipo contractual o en la naturaleza del negocio el criterio que podría tenerse en cuenta en ordenamientos como el de Brasil y el de Argentina para determinar si una determina cláusula restrictiva de la responsabilidad es o no abusiva, así como en el ordenamiento italiano o el francés para determinar si la mismas causan un significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en contraste con el principio de la buena fe contractual.

Criterio ya esbozado por algunos intérpretes de la doctrina italiana¹³⁷ y que podría ser igualmente aplicable en los países latinoamericanos que, como Colombia, siguen

¹³⁶ DÍAZ. Ob. cit., pp. 7 ss.

¹³⁷ Haciendo referencia al equilibrio entre derechos y obligaciones de que trata el régimen de las cláusulas abusivas en el contrato con los consumidores, se hace referencia a aquellas

el criterio del desequilibrio normativo del contrato para determinar el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual.

Por su parte, en la disciplina general del contrato este criterio podría también encontrar terreno fértil para valorar la validez de una cláusula restrictiva de la responsabilidad, tal y como lo ha hecho de manera implícita la jurisprudencia francesa, al considerar que una cláusula restrictiva de la responsabilidad no es válida cuando afecta la obligación esencial del negocio al punto de afectar su esencia o finalidad. Límite que por ahora ha sido reconducido a través del criterio de la causa del contrato (ver *supra* II.C).

En conclusión, en la especial disciplina de los contratos de adhesión y de consumo es abusiva toda cláusula restrictiva de la responsabilidad que cause un desequilibrio significativo del contrato, contrariando las exigencias de la buena fe. Lo que en las últimas tendencias legislativas parece reconducirse al equilibrio del tipo legal o del tipo ideal que se pueda desprender de la naturaleza del negocio y que, por ende, no puede resultar desatendido por las partes al punto de desconocer la esencia del tipo o la finalidad del negocio. Tendencia que encuentra adecuadas claves de lectura en la tradición jurídica romana.

Por último, es oportuno indicar que como esas esferas finalmente inderogables del tipo o de la naturaleza del negocio deben ser valoradas en concreto por el operador jurídico en relación con cada contrato y en un determinado momento histórico, a la luz de la tradición romana, la función socioeconómica característica de un instituto, es decir, aquella en consideración de la cual el derecho había reconocido tutela al negocio, y no aquella determinada ocasionalmente por las partes, se revela como adecuada clave de lectura de esas esferas inderogables.

C. Proscripción pura y simple de las cláusulas modificativas de la responsabilidad (caso colombiano)

En la nueva Ley de Protección al Consumidor de Colombia (Ley 1480 de 2011) el legislador concibió, al igual que en el modelo predominante en los países europeos de tradición romanista, una cláusula general en que se establecen los elementos y las características determinantes de una cláusula abusiva, en los siguientes términos:

Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

definidas por el derecho dispositivo como parámetro del nivel ideal de equilibrio: cfr. ROPPO. Ob. cit., p. 913.

Al igual que en los países europeos de tradición romanista, se concibe entonces el equilibrio normativo del contrato como criterio determinante para calificar una determinada cláusula como abusiva, aunque en esta disposición no se haga referencia expresa al principio de buena fe como criterio de valoración del equilibrio contractual.

Lo anterior, vale la pena señalar, no obsta para que de acuerdo con los principios y cláusulas generales que rigen la interpretación e integración del contrato en nuestro ordenamiento, y con influencia de la tradición jurídica a la cual pertenecemos, el operador jurídico deba acudir a este criterio de valoración en aplicación de la ley.

De manera particular en relación con las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y con independencia del desequilibrio injustificado al que hace referencia la cláusula general, el artículo 42 de la misma ley presumió de manera pura y simple que son abusivas todas aquellas cláusulas que "1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley le corresponden...".

Nótese la rigidez de la norma: no solo frente al principio general de validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, que como ya analizamos existe en nuestro ordenamiento, sino además frente a la tendencia regulatoria de los países europeos y latinoamericanos con los cuales compartimos una misma tradición jurídica, en los que la calificación de abusivas de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad puede ser por principio desvirtuada, probando que las mismas no causan un injustificado o irrazonable desequilibrio entre los derechos y las obligaciones en contraste con el principio de buen fe contractual.

Por el contrario, nuestro legislador parece haber optado por incluir este tipo de cláusulas en una lista negra de cláusulas abusivas que no admiten prueba en contrario y que, por ende, no permiten valorar la naturaleza y magnitud del desequilibrio de las cláusulas de acuerdo con las particularidades de la transacción. Ello, en principio, conduce a una proscripción pura y simple de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, con independencia del grado de reproche.

Sin embargo, queda siempre un amplio margen de actuación del intérprete jurídico, quien deberá, por un lado, acudir a la "autointegración" de estas normas con la disciplina general y con las normas que de manera especial regulan este tipo de cláusulas al interior de determinado tipo contractual. Y, por otro lado, habrá de optar entre una visión restrictiva o alargada de las cláusulas de limitación de responsabilidad de conformidad con el esquema que intentamos esbozar en el primer capítulo de este artículo, al mismo tiempo que deberá enfrentarse a delimitar los contornos de actuación de este límite, frente al principio de libertad contractual, para determinar el objeto y el contenido del negocio.

Aspecto este que desde el punto de vista operativo ha sido crucial en los países europeos de tradición romanista que han establecido límites especiales para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. En el particular nos detenemos a continuación.

IV. PROBLEMÁTICA DE LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES ESPECIALES
DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE AL PRINCIPIO DE
LIBERTAD A LA HORA DE DETERMINAR EL OBJETO Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO

En la regulación y en la aplicación operativa de los límites especiales previstos para las cláusulas de limitación y exoneración de la responsabilidad en los países europeos objeto de nuestro estudio existe siempre una constante: la tajante diferenciación entre las cláusulas modificativas de la responsabilidad y aquellas que determinan el objeto y el contenido obligacional del contrato¹³⁸. Cláusulas denominadas por los diferentes autores como "cláusulas delimitadoras del objeto del contrato", "cláusulas delimitadoras de las prestaciones o de las obligaciones de las partes" o "cláusulas que modifican el contenido normal del negocio o de la obligación"¹³⁹.

En teoría, lo que se define con este tipo de cláusulas es la fisiología de las obligaciones que se adquieren con la celebración de un determinado contrato, y se diferencian dichas cláusulas de las de limitación y exoneración de la responsabilidad, bajo el presupuesto de que estas últimas actúan en un momento sucesivo al de la definición de las obligaciones, esto es, el de la imputabilidad de su incumplimiento y el de los efectos del mismo (reparación)¹⁴⁰.

De ahí que si la obligación no fue nunca asumida y es extraña al contenido del contrato, no puede presentarse un incumplimiento, y por ende no correspondería hablar de una cláusula modificativa de la responsabilidad. En otras palabras, las cláusulas que determinan el objeto o el contenido de las obligaciones se refieren a la fisiología de la obligación, y las de limitación y exoneración de responsabilidad a su patología por el incumplimiento imputable al deudor¹⁴¹.

A pesar de esta aparente claridad, existe una verdadera dificultad teórica y práctica para distinguir las unas de las otras, por una razón que consideramos expuesta con insuperable simplicidad y claridad por Litvinoff en los siguientes términos:

El vínculo conceptual que une el contenido obligacional a la responsabilidad es tan fuerte, que no puede pensarse en lo uno sin pensarse en lo otro. A veces no es posible pensar en una exclusión de responsabilidad sin implicar una exclusión del contenido obligacional o viceversa. El verdadero problema estriba en determinar hasta qué punto puede excluirse cierto contenido obligacional sin que colapse todo el contrato¹⁴².

¹³⁸ SUESCÚN MELO. Ob. cit., p. 356.

¹³⁹ DELOGU. Ob. cit., pp. 68 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 142 ss.; ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 48; MUÑIZ. Ob. cit., p. 41.

¹⁴⁰ DELOGU. Ob. cit., pp. 68 ss.; GUAL. Ob. cit., pp. 142 ss.; ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 48; MUÑIZ. Ob. cit., pp. 41 y 142 ss.

¹⁴¹ ÁLVAREZ. Ob. cit., p. 48.

¹⁴² S. LITVINOFF. "Stipulations as to Liability and as to Damages", 52 *Tulane Law Rev.* 258 (1978), cit. en MUÑIZ. Ob. cit., p. 46.

Llevado a la práctica, ¿cuál sería por ejemplo la diferencia entre una cláusula en la que el arrendador se exonera de responsabilidad por los daños sufridos por el inmueble y aquella que establece que será el arrendatario el encargado de asumir las reparaciones de los daños que pudiera sufrir el predio durante el término del contrato?

Como se observa, el efecto práctico es exactamente el mismo, y con una u otra redacción, e independientemente de la intención de las partes, estas cláusulas bien podrían calificarse como determinadoras del contenido del negocio, o bien como cláusulas de exclusión de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que nacen del mismo.

La diferencia entre una y otra categoría de cláusulas resulta relevante, a pesar de ello, cuando las cláusulas de limitación y exoneración de la responsabilidad están sometidas a un régimen de validez estricto, mientras que frente a las cláusulas que determinan el objeto del contrato se predica una libre determinación de las partes.

Siguiendo el ejemplo arriba planteado, Muniz reporta un caso húngaro en que los arrendatarios ingleses se enfrentaron a una ley que prohibía pactar cláusulas limitativas de responsabilidad en estos contratos por los daños sufridos en predios arrendados, cuando los arrendatarios acudieron a cláusulas que establecían el deber de los inquilinos de reparar los predios arrendados¹⁴³. Seguramente la secuencia de los hechos determinó claramente la intención de burlar la nueva ley. Pero no es menos cierto que la nueva cláusula realmente tiene la naturaleza de las que determinaban el alcance de las obligaciones principales del contrato, y que en esta condición también puede afectar el equilibrio contractual que seguramente buscaba proteger el legislador con la nueva prohibición.

Estas problemáticas se acentúan en un escenario en el cual los límites a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad se han trasladado del plano de la ejecución del contrato al plano de su configuración, tanto en la disciplina general del contrato (ver *supra* II.C) como en la especial categoría de los contratos de adhesión y de consumo (ver *supra* III).

Como vimos, la prohibición del pacto de no responder por dolo y culpa grave constituye un límite a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad que se proyecta en el control del comportamiento del deudor respecto del incumplimiento de sus obligaciones. Por el contrario, el equilibrio normativo del contrato exigido por la buena fe traslada los límites de estas cláusulas a la delimitación de la fisonomía y el contenido del negocio.

Esta circunstancia, sumada a la influencia recíproca entre el objeto y las obligaciones del contrato, y al instituto de la responsabilidad, conduce naturalmente a que a través de los límites especiales previstos para la responsabilidad se termine controlando el ejercicio de la libertad contractual en la determinación del objeto y el contenido de las obligaciones contractuales.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 45.

Todo en aras de una efectiva protección del equilibrio del contrato, más específicamente, del equilibrio que entre derechos y obligaciones se desprende del tipo legal y de la naturaleza del negocio, que se considera que no puede ser desatendido al punto de desconocer la esencia o la finalidad misma del negocio.

Para mayor ilustración veamos cómo se ha abordado esta problemática en el derecho italiano.

En este ordenamiento, la necesidad de diferenciar entre las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y aquellas que delimitan el objeto y las obligaciones principales del negocio ha adquirido gran importancia por los límites especiales que, como ya vimos, este ordenamiento estableció desde el código de 1942 para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad: el requisito de forma (art. 1341 *codice civile*), la nulidad expresa en caso de dolo y culpa grave (art. 1229 *ibíd.*) y, posteriormente, la presunción como abusivas de este tipo de cláusulas en los contratos con consumidores (arts. 33-37 *codice del consumo*).

Contrario sensu, frente a las cláusulas que determinan el objeto del contrato se predica por principio una libre determinación, con base en la disciplina general que establece la facultad de las partes para determinar libremente el contenido del negocio (art. 1322), y posteriormente por la disposición del código de consumo que establece que el control de las cláusulas abusivas no recae sobre el objeto del negocio. Esto último, por influencia directa de la Directiva europea 93/13 de 1993, en la que se establece que el control de las cláusulas abusivas no puede recaer sobre el objeto principal del contrato, siempre que cumplan con los deberes de determinación y transparencia.

En este contexto, la temática de los límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad ha adquirido especial atención por ejemplo en el contrato de seguro de responsabilidad, en el que la delimitación del objeto del contrato implica precisamente la demarcación de determinados riesgos o eventos por los cuales el deudor no se "obliga" y, por lo tanto, "no responderá"¹⁴⁴.

Por principio, la jurisprudencia italiana ha considerado válidas las cláusulas que excluyen un determinado "riesgo" de la cobertura del seguro, teniendo en cuenta que las mismas están dirigidas a determinar el alcance de las obligaciones que asume la empresa aseguradora y que, por ende, están regidas por el principio de la plena libertad de las partes para determinar el objeto del contrato¹⁴⁵.

En otros eventos, aunque de manera excepcional, la misma jurisprudencia ha considerado que una cláusula que excluye un determinado "riesgo" de la cobertura del seguro corresponde a una verdadera cláusula modificativa de la responsabilidad,

¹⁴⁴ DELOGU. Ob. cit., p. 222.

¹⁴⁵ Para un recorrido respecto de la posición jurisprudencial según la cual las cláusulas de un contrato de seguros que determinan el riesgo asegurado no constituyen cláusulas de limitación de responsabilidad, y por tanto no deben ser aprobadas de manera específica como lo determina el artículo 1341 del *codice civile*, cfr. Tribunal de Milán. Sentencia del 18 de marzo de 2010, en *Danno e responsabilità* 2/2011, pp. 167 ss. También analizada en doctrina con jurisprudencia abundante en DELOGU. Ob. cit., p. 213, nota 114.

por tratarse de una exclusión que causa un efectivo desequilibrio de las concretas obligaciones de las partes, al punto de desconocer la naturaleza o la esencia propia del negocio¹⁴⁶.

Más allá de esta solución, la problemática central que emerge es clara: se trata de la potencialidad de uno u otro tipo de cláusula de causar un desequilibrio normativo del contrato, hasta llegar a poner en peligro la esencia o la naturaleza misma del negocio¹⁴⁷.

El camino que ha seguido la jurisprudencia italiana para afrontar esta realidad es precisamente el de utilizar el criterio de la grave afectación del equilibrio normativo del contrato, como mecanismo para determinar cuándo una cláusula que delimita el objeto y el contenido del negocio tiene como "efecto" limitar la responsabilidad, para luego aplicarle las sanciones especiales previstas por el ordenamiento para este tipo de cláusulas.

Se trata de un criterio que tiene como virtudes la ampliación del ámbito de control previsto para las cláusulas de responsabilidad, a convenciones que tienen efectos similares, lo que en muchos eventos, además, puede evitar que las sanciones previstas para las primeras sean burladas apelando a la libertad de configuración de las segundas, tal como se verificó en el caso húngaro.

Por estas mismas razones, la doctrina francesa y la española señalan la necesidad de extender la calificación de "abusivas" de las cláusulas de responsabilidad a las cláusulas que delimiten el objeto del contrato, en virtud de la dificultad de diferenciar unas y otras, así como por razones de seguridad jurídica¹⁴⁸.

Sin embargo, se trata de posiciones que en el fondo enfrentan al operador jurídico a delinear los contornos en los cuales, trátase de cláusulas restrictivas de la responsabilidad o de cláusulas de delimitación del objeto del contrato, las partes pueden establecer el tipo de negocio a celebrar, así como su contenido y sus efectos, sin causar un desequilibrio normativo del contrato que sea contrario a la buena fe.

Labor esta en la cual juega claramente un rol fundamental el tipo legal del contrato o aquel que se puede desprender de su naturaleza, en íntima relación con la finalidad socioeconómica del contrato, y que pueden ser llevados en nuestro ordenamiento más allá del criterio de la causa del contrato.

¹⁴⁶ Con cita y análisis de la jurisprudencia respectiva, *ibíd.*, pp. 216-217, nota 115.

¹⁴⁷ En este sentido, la misma doctrina italiana, haciendo referencia a la posición adoptada por la jurisprudencia en materia de seguro de responsabilidad, señala: "Los jueces no lo declaran, pero se muestran conscientes de la posibilidad de que la cláusula sobre el objeto del contrato dé lugar a una importante alteración del equilibrio contractual y a un fuerte debilitamiento de la posición 'natural' del acreedor, al punto de poner en duda la misma existencia de la causa del contrato [...] [Es de destacar] el hecho de que el mismo pronunciamiento se plantee este interrogante y consiguientemente haya sentido la obligación de valorar la posición de la parte, de verificar la subsistencia de un interés del asegurado, de lograr la satisfacción de su legítimo interés, de indagar la subsistencia de una causa concreta de intercambio que le dé razón al contrato": *ibíd.*, p. 216.

¹⁴⁸ *ÁLVAREZ*. *Ob. cit.*, p. 50.

En este sentido consideramos oportuno reportar la posición asumida por la jurisprudencia española en un caso ubicado en forma paradigmática en la esfera de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Nos referimos a aquella cláusula incluida en el contrato de parqueadero en que el dueño del estacionamiento establece que no responderá por daños y/o robo del vehículo.

Frente a este tipo de cláusulas se reitera la misma problemática que venimos exponiendo: ¿estamos ante una cláusula mediante la cual el dueño del parqueadero pretende abstenerse de su obligación de vigilancia y, por ende, predicar como objeto del contrato solo el alquiler del espacio, o estamos frente a una cláusula donde el acreedor, a pesar de estar asumiendo su obligación de custodia del bien, declina su responsabilidad en caso daño o robo? ¿Cuáles son los límites que corresponde aplicar en uno u otro caso?

La jurisprudencia española ha abordado directamente la cláusula como un pacto que recae sobre el objeto del contrato, señalando que este tipo de cláusulas no pueden obviar las obligaciones estimadas como esenciales en el negocio, so pena de carecer de causa. En el caso concreto, parquear en este tipo de lugares se hace bajo la convicción de la mayor seguridad que existe en los mismos, razón por la cual la custodia del bien aparece como elemento determinante desde la perspectiva estructural del negocio y, en consecuencia, un pacto por el cual las partes procuran exonerarse de tal obligación resulta inadmisibles¹⁴⁹.

Trasladándonos al caso colombiano, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país también ha analizado este tipo de cláusulas por ambas vías¹⁵⁰. En el caso concreto se juzgaba la validez de una cláusula introducida en un contrato para la prestación del servicio de lavado de vehículos, en la que el propietario señalaba que el contrato se limitaba a la prestación del servicio de lavado y no implicaba la custodia del bien.

La Corte pasó por dos escenarios de análisis: primero realizó un control del objeto mismo del contrato, determinando la inadmisibilidad de la cláusula en el sentido de excluir la obligación de custodia del vehículo. Esto, bajo la consideración de que la prestación de todo servicio que implique la entrega de un bien sobre el cual deba recaer la prestación (en este caso el servicio de lavado) implica necesariamente la obligación de custodia del respectivo bien y, por lo tanto, no resulta válida una cláusula que tienda a modificar estos contornos.

A renglón seguido, la misma corporación analizó la cláusula desde el punto de vista de las cláusulas modificativas y de exoneración de la responsabilidad y concluyó que la cláusula bajo análisis sería inválida en relación con la exoneración por dolo y culpa grave, mas no frente a una culpa leve o levísima del deudor.

¹⁴⁹ Con cita y análisis de la jurisprudencia respectiva, cfr. *ibíd.* Reportando el criterio de la obligación esencial (como obligación sin la cual la prestación carecería de todo sentido económico), como límite de las cláusulas que delimitan el objeto del contrato y las cláusulas de responsabilidad tanto en el derecho francés como en el español, cfr. MUÑOZ. *Ob. cit.*, p. 46.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1972, M.P.: Humberto Murcia Ballén, CXLII.

La jurisprudencia nacional, con gran atino en nuestra consideración, no se limitó a abordar el problema desde el punto de vista de las cláusulas modificativas de la responsabilidad y a extender los límites de estas al objeto del contrato, sino que por el contrario procedió a realizar un doble control de la cláusula, teniendo en cuenta la recíproca influencia entre la esfera de la obligación y la de la responsabilidad.

En primer lugar, la Corte analizó la cláusula en relación a su incidencia en la delimitación del objeto del contrato, determinando la inadmisibilidad de una cláusula que modifique la estructura del negocio viniendo a faltar a la esencia del mismo, y en segundo lugar, realizó un estudio en cuanto a sus efectos como cláusula de responsabilidad frente al límite del dolo y la culpa grave.

La posición inicial puede ser llevada en nuestro ordenamiento por el criterio de la causa del contrato (art. 1502 C.C.), pero además por el artículo 1501 C.C. que establece que son de la esencia del negocio aquellos elementos sin los cuales el contrato no genera efecto alguno o degenera en otro contrato, norma que no puede ser burlada por las partes so pretexto de estar realizando un negocio atípico. Por el contrario, este tipo de disposiciones requieren de la interpretación del operador jurídico, para determinar si el específico contrato corresponde o no a un determinado tipo contractual, cuyos elementos esenciales buscan ser burlados por las partes, caso en el cual entrarán en juego los poderes del juez para adecuar las disposiciones del contrato al respectivo tipo contractual.

OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

En el moderno derecho de los contratos las cláusulas modificativas de la responsabilidad, más específicamente las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, están referidas a todas aquellas convenciones que modifican el deber de reparar los daños causados en virtud del incumplimiento contractual, así como sus efectos.

Las primeras se extienden no solo a aquellas que restringen el criterio subjetivo u objetivo de imputación de responsabilidad, sino además a todas aquellas que recaen sobre la entidad del daño a reparar. A las segundas, los pactos que recaen sobre el monto (*quantum*) y/o la modalidad de la reparación, así como sobre las consecuencias que la ley vincula al incumplimiento, como las que excluyen la relevancia del retardo o el ejercicio de acciones por el incumplimiento.

Se circunscriben también a esta categoría las cláusulas que de manera general u omnicomprendivas eliminan el deber de reparar del deudor frente a determinados eventos; cláusulas que desde el punto de vista operativo pueden tener por efecto la modificación de los criterios subjetivos y objetivos de responsabilidad.

Se trata de un escenario ampliado que no se compadece solo de la complejidad de las formulaciones de este tipo de cláusulas, sino además de la evidente

interrelación y mutua influencia que existe entre el instituto de la responsabilidad y las demás esferas de la relación obligatoria y de los efectos del incumplimiento.

En la disciplina general del contrato, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad son consideradas por principio válidas, pero sometidas a los límites generales de la autonomía privada, esto es, el orden público, las buenas costumbres y la buena fe contractual.

Sin embargo, dichos límites han adquirido un grado de especialidad y autonomía en la materia, el cual parte de la prohibición del pacto de no responder por dolo o culpa grave, de evidente stirpe romanista, y posteriormente, de la imposibilidad de restringir la responsabilidad del deudor por daños a la vida y a la integridad física de las personas, y en atención a la protección de la parte débil en unos determinados tipos contractuales.

Siguiendo con la disciplina general del contrato, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad han encontrado en Francia una limitación especial, en virtud de la cual se predica la ineficacia de la cláusula cuando esta recae sobre la obligación esencial del negocio, al punto de poner en peligro la finalidad misma de este. Criterio al que se llegó inicialmente a través de una objetivación de la culpa grave, y posteriormente a través de las sendas de la "causa" del contrato.

Este escenario se conecta con los límites concebidos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en la disciplina de los contratos de adhesión y de consumo, más específicamente en el marco de la regulación de las cláusulas abusivas, escenario en el que el límite que se impone es el de la protección del equilibrio normativo del contrato, y con el cual se supera el control formal dirigido simplemente a garantizar el efectivo conocimiento y aceptación de estas cláusulas (art. 1341 *codice civile*).

En efecto, de acuerdo con la Directiva comunitaria 93/13 de 1993, implementada en países europeos de tradición romanista como Italia, Francia, España y Alemania, es el significativo desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, valorado bajo el principio de la buena fe contractual, lo que permite determinar si una cláusula restrictiva de la responsabilidad puede ser considerada abusiva y, por ende, ineficaz. Significativo desequilibrio que se verifica cuando la cláusula se aparta del tipo contractual o de aquel que se determina por la naturaleza del negocio, al punto de hacer que decaiga la esencia del tipo y/o la finalidad del contrato (§ 307 BGB).

Ante este escenario, se advierte la utilidad de la experiencia del derecho romano como clave de lectura de estas nuevas soluciones, en particular en lo que se refiere a la resistencia de la estructura típica del contrato frente a las disposiciones ocasionales de las partes que pretenden modificar sus contornos, al punto de desnaturalizarla.

Adicionalmente, la tendencia de los países europeos de tradición romanista es a presumir, mediante listas grises o blancas, que las cláusulas restrictivas de la responsabilidad causan ese significativo desequilibrio; presunción que podrá ser desvirtuada teniendo en cuenta la integralidad de las cláusulas contractuales, a

menos que se trate de dolo o culpa grave del deudor o de daños a la persona, ya sea porque la misma disciplina de los contratos de adhesión y de consumo así lo establece (§ 309 BGB y Ley de Servicios Público en Colombia), o porque estas normas se integran con los límites generales previstos para este tipo de cláusulas (art. 1229 *codice civile*).

Finalmente, en algunos ordenamientos, como el colombiano, se ha optado simplemente por proscribir de manera pura y simple las cláusulas de limitación de la responsabilidad, sin admitir prueba en contrario.

En conclusión, la problemática de los límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad se desplaza en el derecho moderno de los países de tradición romanista, desde la perspectiva de la ejecución del contrato a la de su formación. Es decir, ya no solo interesa la forma particular del incumplimiento (dolosa, culposa o de una mayor o menor diligencia), en la que por esencia se pretendía limitar un comportamiento reprochable del deudor, sino que además se busca proteger la configuración misma del contrato.

De ahí que el problema de los controles a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad deje de estar limitado a las conductas que el ordenamiento puede reprochar por su ilicitud en el incumplimiento de las obligaciones contractuales (dolo y culpa grave), o por la afectación que estas puedan causar a los intereses fundamentales de las personas (daños a la vida y a la integridad física), y se amplíe al de su configuración, en donde se establece un vínculo entre el equilibrio del contrato, el tipo contractual y la finalidad del negocio, como límites a las cláusulas de responsabilidad.

Esta circunstancia, aunada a la recíproca influencia del instituto del objeto y de las obligaciones del contrato con el de la responsabilidad, ha conducido a que a través de los límites especiales previstos para las cláusulas restrictivas de la responsabilidad se termine controlando el ejercicio de la libertad contractual en la determinación del objeto y el contenido de las obligaciones contractuales. Control que, a pesar de los esfuerzos de los ordenamientos europeos por diferenciar entre uno y otro instituto, se ha impuesto de manera natural por el evidente desequilibrio que ambas cláusulas pueden causar entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Se evidencia así una tendencia dinámica de los límites especiales a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, en la que, aun en un régimen tan estricto como el adoptado por el nuevo de régimen de protección al consumidor de nuestro país, le queda al operador jurídico un gran margen de interpretación e integración con la disciplina general del contrato y con la disciplina especial establecida en cada tipo contractual.

Adicionalmente, entre estas y el principio de libertad de las partes para determinar el objeto y el contenido de un determinado negocio, punto en el cual el sistema se enfrenta a valorar el grado de limitación al que puede estar sometido el *corazón* de la autonomía contractual, así como los poderes del juez para adecuar la voluntad de las partes expresada en un determinado contrato.