

Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil**

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.201>

Resumen

La actual expansión del espectro resarcitorio generado por diferentes circunstancias como la ampliación de la noción de *orden público*; la aparición de un mayor número de supuestos de responsabilidad objetiva; la ampliación del concepto de *daño resarcible*, entre otras, han ocasionado la búsqueda de los potenciales dañadores de acotar su responsabilidad. Se debe entonces reconsiderar la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad para dar más flexibilidad a contratos que suponen un riesgo contractual muy elevado pero buscando un equilibrio para privilegiar la libertad contractual sin caer en el abuso. Esta problemática nos lleva a reflexionar en el presente texto sobre la eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad frente al principio de reparación integral; sus límites y sanciones frente a la vulneración de aquellos y los retos de su interpretación frente a las nuevas tecnologías.

Palabras clave

Responsabilidad civil, reparación integral, cláusulas restrictivas.

* Abogada, Pontificia Universidad Javeriana. Doctora en Ciencias Jurídicas, Universidad Javeriana. Máster 2 en derecho comercial y máster 2 en derecho internacional privado, Universidad de París II. Profesora investigadora, Universidad Sergio Arboleda.

** Este texto es un trabajo de investigación producto del Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda.

Abstract

The current expansion of the compensatory spectrum generated by different circumstances such as the extension of the notion of *public order*; the appearance of a greater number of cases of objective liability; the extension of the concept of *compensable damage*, among others, has caused the search of the potential damageers to limit their responsibility. The validity of the limitation of liability clauses must then be reconsidered in order to give more flexibility to contracts that involve a very high contractual risk but seeking a balance to privilege contractual freedom without falling into abuse. This problem leads us to reflect in the present text on the effectiveness of limitation of liability clauses considering the principle of integral reparation; its limits and sanctions and the challenges of their interpretation facing new technologies.

Keywords

Tort law, full compensation, limitation of liability clauses.

Introducción

Diariamente nos vemos enfrentados a una enorme cantidad de cláusulas o incluso simplemente avisos sobre restricciones en caso de daños por el incumplimiento del contrato que estemos celebrando.

Tradicionalmente estas cláusulas se consideraban una manifestación del principio de autonomía privada que no merecía reproche alguno. Sin embargo, con los desarrollos del derecho contractual, particularmente de los límites a la autonomía privada, y del derecho de daños que le daban un mayor énfasis a la protección a la víctima, se empiezan a ver con reserva las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Si bien hoy en día existen preocupaciones por la posibilidad de abuso con la inclusión de estas cláusulas, ellas, en general se consideran válidas, pero dentro de unos límites razonables. Y es que en las últimas décadas la obligación de reparar el daño causado se ha incrementado. La ampliación de la noción de *orden público*; la aparición de un mayor número de supuestos de responsabilidad objetiva, basada en la idea de riesgo creado o en otros factores de atribución (como la garantía, la equidad, el seguro [que en la práctica se vuelve un factor objetivo]); el propio concepto de *daño resarcible* se ha ampliado (ya no se limita al daño emergente y lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad, y la diversidad de daños inmateriales, como el daño a la vida de relación, etc.); se han circunscrito o restringido las eximentes (se limita el propio factor extraño al círculo de control) y, todo esto, entre otras circunstancias, ha creado una onda expansiva del deber de indemnizar.

Esta expansión del espectro resarcitorio genera, a su vez, el deseo de los potenciales dañadores de acotar su responsabilidad, lo cual ha conducido, por tanto, a la necesidad de reconsiderar las cláusulas restrictivas de la responsabilidad y admitir su validez para dar más flexibilidad a contratos que suponen un riesgo contractual muy elevado pero buscando un equilibrio para privilegiar la libertad contractual sin caer en el abuso.

En este escrito nos vamos a limitar al análisis de las cláusulas que se pacten por incumplimiento contractual, por ser las más frecuentes. Aunque nada obsta para que se pacten cláusulas restrictivas en materia extracontractual, como el caso de los vecinos que acuerdan que no responderán por los daños causados por sus animales al pasar al predio de al lado¹.

1 Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 457.

La mayor parte de la doctrina considera actualmente que el comercio requiere de la validez de estas cláusulas para fomentar la celebración de contratos en el derecho contemporáneo, pues de lo contrario no se podrían perfeccionar acuerdos que supondrían un riesgo contractual demasiado elevado. En efecto, la delimitación de la responsabilidad puede impulsar los intercambios favoreciendo la innovación y el progreso técnico. Esto sumado a un contexto de globalización que incita a los países a tener regulaciones que les permitan a sus empresas ser competitivas pues una regulación que prohíba la posibilidad de limitar convencionalmente la responsabilidad civil puede generar desinterés de los empresarios extranjeros para tener negocios en el país².

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad permiten distribuir el riesgo derivado de la contratación. Las empresas cada día deben ser más audaces y requieren innovar pues son tan vertiginosos los cambios del tráfico de los negocios que son muchas las empresas que si no se reinventan se pueden volver obsoletas. Ahora bien: los límites para este tipo de pactos, como se estudiará, son exigentes y es por ello por lo cual algunos han llegado a afirmar que si bien en la teoría hoy se consideran por lo general válidas, en la práctica solo lo son excepcionalmente³.

Dentro de las convenciones que las partes pueden acordar en materia de responsabilidad civil se encuentran las que modifican la responsabilidad, ya sea porque la amplían o porque la reducen; las que exoneran de responsabilidad al deudor o limitan su responsabilidad estableciendo topes al monto de la reparación o excluyendo cierto tipo de daños.

Vamos a concentrarnos en el presente escrito en las cláusulas restrictivas de responsabilidad: limitativas y exonerativas. Así, los pactos limitativos, sin exonerar totalmente al deudor, se dirigen a atemperar las consecuencias de la responsabilidad mientras los pactos exonerativos buscan liberar al deudor de una responsabilidad que sin ese pacto tendría que asumir⁴.

Aunque la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en el derecho contemporáneo suelen reagrupar estos dos tipos de cláusulas y aplicarles los mismos límites, hay casos en que esto no ocurre. Por ejemplo, en Colombia, en el contrato de

2 Juan Pablo Cárdenas, “Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad”, en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*, coord. Carlos Ignacio Jaramillo y Mariana Bernal (Bogotá: Diké, 2009), 229.

3 Federico A. Ossola, *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, t. II. (Buenos Aires: La Ley, 2012), 258.

4 Mariano Izquierdo, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. (Madrid: Dykinson, 2001), 345.

transporte solo están prohibidas las cláusulas de exoneración de la responsabilidad y no se hace referencia a las limitativas de la responsabilidad por lo que estas pueden pactarse (artículo 992 del Código de Comercio). El Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), por su parte, se refiere únicamente a las cláusulas limitativas de responsabilidad y las consagra como cláusulas abusivas que de pactarse serán ineficaces de pleno derecho. Ahora bien: una interpretación teleológica de esta norma nos lleva a concluir que si son abusivas las que simplemente limitan la responsabilidad del productor o proveedor, con mayor razón serán abusivas las que lo exoneran de responsabilidad.

Existe la tendencia 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 ellas⁵. Por lo anterior, siendo este un tema muy amplio, abordaremos algunos aspectos de particular interés a la luz de las nuevas tendencias del moderno derecho civil. Empezaremos entonces con una reflexión acerca de la eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad frente al principio de reparación integral; la importancia de diferenciar las cláusulas que delimitan el objeto del contrato y las cláusulas que limitan o exoneran de responsabilidad al deudor; analizaremos la validez de una cláusula de exoneración de responsabilidad o si este pacto no sería contradictorio con la misma idea de obligación. Seguidamente estudiaremos las cláusulas que invierten la carga de la prueba por la problemática particular que conllevan; los límites a las cláusulas restrictivas; las sanciones y los efectos de ellas y, para terminar, reflexionaremos sobre estas cláusulas en el derecho del consumo y los retos de su interpretación frente a las nuevas tecnologías.

Eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad frente al principio de reparación integral

El llamado “principio de la reparación integral”, normativamente consagrado en la Ley 446 de 1998 (artículo 16) e incorporado en el Código General del Proceso (artículo 283), como uno de los criterios de valoración del daño, supone que la reparación del perjuicio debe ser plena en el sentido de dejar a la víctima en la situación

5 Indira Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. Contract liability in modern law”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 23 (2012): 127-178.

en la que estaría de no haberse producido aquel. Ello exige que la indemnización cubra todos los daños sufridos por la víctima en la cuantía que corresponda a las repercusiones ciertas derivadas de la lesión padecida.

Acercas de este principio, la Corte Constitucional ha considerado que “el derecho a la reparación es un derecho regulable y materia de configuración legislativa” y por ello es competencia del Congreso de la República regular el régimen de responsabilidad, las modalidades del daño y su cuantificación⁶. Además, se ha determinado que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado más no puede superar ese límite”, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa; por lo tanto, la indemnización por los daños materiales causados debe ser integral incluyendo el daño emergente y el lucro cesante⁷. En este sentido, como lo explica Juan Carlos Henao: el daño es la medida del resarcimiento⁸.

Dentro de este contexto resulta necesario revisar si bajo este principio resulta válido pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad y, para hacerlo, lo primero que se va a analizar es la noción de *principio*. Para Robert Alexy los principios son mandatos de optimización. En esa línea de pensamiento, los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”⁹. A diferencia de las reglas, que son mandatos definitivos, los principios son susceptibles de ponderación.

Así, en materia de cláusulas restrictivas de responsabilidad, nos encontramos frente a la necesidad de ponderar el principio de la autonomía privada con el principio de la reparación integral, observando unos límites que garanticen un mínimo de derechos para la parte que pueda verse afectada con el contenido y alcance de este tipo de pactos.

Al respecto, la Corte Constitucional señala que el principio de reparación integral no es absoluto sino que puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables o por estipulaciones de los contratantes. Lo anterior con ocasión de demanda de inconstitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil, pues este

6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-965 de 2003. En esta sentencia se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 16 y 22 de la Ley 446 de 1998, el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, el artículo 19 de la Ley 678 de 2001, el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 y los artículos 4º, 5º, 14 y 27 de la Ley 80 de 1993. En el mismo sentido, véase la sentencia C-916 de 2002 en la que se demandó la inconstitucionalidad del artículo 97 de la Ley 599 de 2000.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-832 de 2002.

8 Juan Carlos Henao, *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 45.

9 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994), 162.

artículo establece un límite a la indemnización de perjuicios en los casos en los que no haya dolo por parte del deudor, lo que impide la indemnización integral cuando los perjuicios superen el monto de los daños previsibles¹⁰.

La jurisprudencia entonces, al igual que la mayoría de la doctrina, considera que estas cláusulas si bien se reputan en general válidas deben ser razonables para que puedan interpretarse en armonía con el principio de reparación integral.

Distinción entre las cláusulas que modifican el contenido de la obligación y las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Es conveniente diferenciar las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad del deudor de las cláusulas cuyo objetivo es limitar las obligaciones del deudor. Si un ordenamiento jurídico, por ejemplo, prohíbe la inclusión de cláusulas restrictivas de responsabilidad (como suele suceder en el derecho de consumo) en los contratos, esta sería ineficaz pero no así la cláusula que varía el contenido normal de la obligación¹¹. Se puede ilustrar esta diferenciación con la situación de un hotel que no asume la custodia de los bienes que se dejen en las habitaciones. En esta hipótesis, el hotel no está limitando su responsabilidad en caso de incumplimiento sino estableciendo cuáles obligaciones harán parte del contrato y cuáles no. O el caso de un contrato de alquiler de automóvil en el que se establece una cláusula en la que se estipula que la gasolina corre por cuenta del arrendatario, esta cláusula no es restrictiva de responsabilidad.

Esta diferencia que en la teoría parece simple en la práctica puede presentar dificultades. Anteriormente se utilizaban las cláusulas de delimitación del objeto de la obligación para eludir los límites establecidos para las cláusulas limitativas de responsabilidad. Sin embargo, el efecto de una y otra cláusula es el mismo: desplazar sobre la “parte débil” de la relación el riesgo del deudor¹². Es por esto por lo cual hoy en día se sugiere que tengan un tratamiento similar en cuanto a sus límites.

10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010.

11 Luis Muñoz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses* (Bogotá: Temis, 2006), 41.

12 Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual* (Madrid: Ed. Civitas, 1987), 351.

Es el caso del parqueadero respecto de los bienes que se encuentren en el interior de los vehículos. El parqueadero no podría limitar su obligación de custodia del vehículo, pues es la finalidad que llevó a la otra parte a contratar, pero podría excluir otras obligaciones¹³.

Algo similar puede analizarse en una situación en la que se acuerde convertir una obligación de resultado en una de medios¹⁴. Estas cláusulas no pueden relevar al deudor de la prestación sin la cual el negocio no tendría sentido económico¹⁵. Si nos situamos en el contrato de transporte de cosas, a manera de ilustración, una cláusula en virtud de la cual el transportador pactara que simplemente se compromete a hacer todo lo posible para que la mercancía llegue a su destino privaría al acuerdo de todo interés para el otro contratante.

Lo anterior nos lleva a analizar los casos en que se varía el grado de diligencia del deudor, tema sobre el que existen interesantes discusiones en la doctrina en relación con la naturaleza de estos pactos. Mientras para algunos, como Starck, posición que compartimos, se trata de una cláusula de exoneración pues el grado de diligencia no es parte del objeto, para otros, como Mazeaud y Tunc, es una modificación de la obligación y no de la responsabilidad¹⁶.

Pero independientemente de la dificultad de determinar si se trata de una cláusula de delimitación de las obligaciones del contrato o no, estas serán eficaces solo en la medida en que no se elimine una obligación esencial del acuerdo¹⁷, como se estudiará más adelante.

Validez de una cláusula que exonere totalmente de responsabilidad al deudor

La Corte Suprema de Justicia colombiana ha sostenido que a las partes no les está permitido pactar la exclusión total de su responsabilidad pues ello contradiría el

13 Al respecto, véase Superintendencia de Industria y Comercio Sentencia 7161 del 24 de noviembre de 2016.

14 Juan Pablo Cárdenas, “Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad”, en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*, coord. Carlos Ignacio Jaramillo y Mariana Bernal (Bogotá: Diké, 2009), 231.

15 Muñiz, *cláusulas modificativas*, 46.

16 Muñiz, *cláusulas modificativas*, 44.

17 Cárdenas, *Cláusulas exoneratorias o restrictivas*, 231.

concepto mismo de *obligación*, además de ir envuelta en ellas una condonación del dolo futuro de una de las partes, pues al pactarse su completa irresponsabilidad, implícitamente se está tolerando su negligencia¹⁸.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que en materia convencional, el principio de responsabilidad integral puede estar limitado por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, teniendo en cuenta el interés privado que está inmerso en los derechos de crédito que se derivan de un contrato¹⁹.

Se puede apreciar la contradicción entre las decisiones anteriores. Por una parte, la Corte Suprema de Justicia considera que no puede presentarse exclusión total de responsabilidad y, por otra, la Corte Constitucional considera posible la liberación total o parcial de la obligación de un contratante.

Algunos consideran que el contrato en el que se pacta una irresponsabilidad completa de los efectos carecería de causa²⁰. Barros Bourrie, en este sentido, sostiene que no puede hablarse seriamente de un contrato si el deudor está autorizado para incumplirlo, pues, en el fondo, el contrato estaría entregado a la mera voluntad del deudor²¹.

Para conciliar las distintas posiciones, podría pensarse que es posible pactar cláusulas exonerativas de responsabilidad pero respecto de ciertos daños, es decir, no se limita la reparación del daño sino que se pacta que no se responderá por ciertos daños, por ejemplo el lucro cesante. Se podría ilustrar esta situación en un contrato de compraventa de un *software* no muy costoso pero que por un mal funcionamiento de este la empresa se paraliza varios días. En este caso el fabricante del *software*, en aplicación de la cláusula restrictiva, solo respondería por el daño emergente y no por las utilidades que la empresa dejó de percibir.

También es importante tener en cuenta que las cláusulas restrictivas de responsabilidad no tendrán efecto si la parte a la que se le opone dicha cláusula no ha podido tener conocimiento de esta antes de la formación del contrato. Esto último que podría parecer obvio, sorpresivamente no lo es. Basta recordar

18 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 8 de 2011, MP: William Namén Vargas.

19 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010.

20 Paul Esmein, "De las cláusulas de irresponsabilidad", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXIV (1927): 228. <https://app.vlex.com/#vid/232259961>.

21 Enrique Barros Bourrie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 1097.

nuestra jurisprudencia en el caso de una estación de servicio que recibió un automóvil para lavado y este fue objeto de hurto²². La estación de servicio alegó que no era responsable por el hurto pues había puesto un aviso que indicaba claramente que el establecimiento no prestaba el servicio de parqueo y no se hacía cargo de la vigilancia de los vehículos. La Corte consideró que el pacto de servicio de lavado va unido al de depósito, pero además aclaró que no hubo voluntad del depositante respecto de esa cláusula contenida en un documento diferente al contrato mismo.

En efecto, se requiere el consentimiento, el acuerdo de las partes, para que la cláusula restrictiva de responsabilidad sea eficaz pues una manifestación unilateral de voluntad no puede variar las reglas de responsabilidad²³. La aceptación debe ser concluyente e inequívoca, ya sea expresa o tácita, de lo contrario el intérprete debería considerar dicha cláusula inexistente por falta de voluntad.

Cláusulas que invierten la carga de la prueba

En virtud de una cláusula que invierte la prueba, el beneficiado con el pacto no tiene que probar lo que por regla general le correspondería. La viabilidad de esta cláusula se basa en que la existencia de la carga de la prueba se ha considerado de orden público pero no así las reglas sobre su repartición²⁴.

La problemática de esta cláusula es que al ser una cláusula que afecta indirectamente los efectos del incumplimiento, tiende a ser interpretada de manera más favorable que las cláusulas restrictivas de responsabilidad aunque exista el mismo riesgo de abuso²⁵.

En el ordenamiento jurídico italiano, el artículo 2698 del Codice Civile 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. En Colombia, en cambio, no existe una norma similar y, por el contrario, hay

22 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1972, MP: Humberto Murcia Ballén.

23 Joel González Castillo, “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. validez y límites”. *Revista Chilena de Derecho* 38, n.º 1 (2011): 89-100.

24 José Manuel Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (Bogotá: Ibáñez, 2008), 124.

25 Gual, *Cláusulas de exoneración*, 122.

una disposición expresa que permite a las partes modificar las reglas de presunción de culpa previstas por la ley conforme al criterio de utilidad de los contrayentes (art. 1604 C. C.). Pero la cláusula que permita la inversión de la carga de la prueba tiene los límites generales de la autonomía privada, entre los cuales vale la pena resaltar el dolo o la culpa grave, cuestiones que revisaremos más adelante.

Sin embargo, en el derecho del consumo en Colombia²⁶ se consideran abusivas las cláusulas que invierten la carga de la prueba, bajo el presupuesto de que ellas causan un desequilibrio injustificado entre las obligaciones y los deberes de las partes.

Límites

La diversidad de límites que se encuentran en los ordenamientos jurídicos para determinar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil hace que sea muy difícil estudiar la cuestión y, sobre todo, buscar soluciones uniformes que ayuden a generar mayor seguridad jurídica²⁷.

En una juiciosa revisión de diversos ordenamientos jurídicos, así como de instrumentos de *soft law*, Marcela Castro concluye que las cláusulas restrictivas de responsabilidad no se deben considerar ineficaces en sí mismas, puesto que se trata de un mecanismo de distribución de riesgos contractuales aceptable dentro de unos límites que es importante determinar, particularmente en Colombia, que carece de una regulación clara y completa en la materia²⁸.

Al respecto, la jurisprudencia nacional ha admitido la validez general de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pero entendiendo que “[el] ordenamiento jurídico nunca concede libertad absoluta a las partes de un negocio para fijar cualquier tope a su responsabilidad contractual”²⁹. Desde los primeros

26 Estatuto del Consumidor, art. 43.

27 Carmen Ruiz Sutil, “El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 143 (2015): 795.

28 Marcela Castro, “Propuesta para la modernización de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad”, en *Modernización de las obligaciones y los contratos*, coord. Marcela Castro (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015), 149.

29 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 8 de 2011, MP: William Namén Vargas. Decisión pronunciada con ocasión de un litigio por daños a unas mercancías en un contrato de transporte marítimo en el que se había pactado una cláusula de limitación de responsabilidad.

pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema en los años treinta³⁰, esta reconoció que a las partes de un contrato les asiste derecho a pactar un grado de responsabilidad distinto del ordinario para efectos de aligerar o disminuir sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones, pero siempre dentro de unos límites.

Como toda manifestación de la autonomía privada, estas cláusulas encuentran sus límites en las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Además, específicamente para esta materia, existen límites como el dolo o la culpa grave, las nociones de *cláusula abusiva* y de *obligación esencial*.

A) Normas imperativas, orden público y buenas costumbres

Las normas imperativas son aquellas sobre las cuales las partes no pueden pactar en contrario. Un ejemplo de norma imperativa como límite a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se encuentra en el artículo 1031 del Código de Comercio que establece, para el contrato de transporte de cosas en general sin tener en cuenta normas especiales como las normas de transporte marítimo, que en caso de pérdida de la cosa transportada, las partes podrán pactar un límite indemnizable, que en ningún caso podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento del valor declarado.

El orden público es un conjunto de principios trascendentes para una colectividad, cuya transgresión puede poner en peligro la convivencia pacífica dentro de una sociedad³¹. Estos principios evolucionan, son dinámicos, por esto los jueces son los llamados a determinar su alcance según el contexto de cada caso. Las buenas costumbres han sido entendidas como el aspecto “moral” del orden público³², concepto que no consideramos apropiado pues el Derecho no debe tener injerencia en una noción que se refiere al fuero interno de los individuos. Preferimos entonces referirnos a las buenas costumbres como el componente ético del orden público, de manera que no se imponen los máximos de conducta moral de cada

30 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencias G. J. XLIV, 405 y ss., diciembre 9 de 1936 y, G. J. XLVII, 68 y ss., julio 15 de 1938.

31 Sergio Muñoz, “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo”, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado*, ed. Beatriz Espinosa y Lina Escobar (Bogotá: Universidad Javeriana, 2008), 236.

32 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007).

individuo³³ sino que se interpretan los límites de la voluntad teniendo en cuenta un común denominador social según unos mínimos de conducta necesarios para vivir en sociedad³⁴.

Dentro de este concepto de *orden público*, como límite a la autonomía privada, podemos referirnos a la prohibición de limitación de daños a la integridad de las personas. Así las cosas, no tendrían eficacia las convenciones que tienen por objeto limitar o exonerar la responsabilidad en caso de muerte o lesiones personales³⁵. Un hospital no podría pactar una cláusula de limitación de responsabilidad civil en caso de daños a la integridad física del paciente. La conveniencia pública exige que así sea pues la sociedad tiene interés en que la vida y la salud de sus miembros sean protegidas³⁶.

Sobre este punto, consideramos pertinente referirnos a las cláusulas en las que las empresas que gestionan deportes de alto riesgo no asumen responsabilidad por los daños físicos que puedan sufrir quienes los practiquen. Aunque pudiera pensarse que se trata de cláusulas restrictivas de responsabilidad, lo que se presenta en estos casos es una asunción de riesgo del acreedor, que es una figura distinta, pues se trata de una causal de justificación del daño³⁷ que impide que nazca la obligación reparadora.

B) Dolo y culpa grave

El dolo y la culpa grave se consideran límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en varios ordenamientos jurídicos. El dolo es una figura que puede presentarse en la formación del contrato (vicio del consentimiento) o durante su ejecución (culpa dolosa)³⁸. Nos interesa para efectos de este escrito enfocarnos

33 Guillermo Hoyos, *Para una teoría discursiva del derecho* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2012), 11. Este autor explica que el hombre al relacionarse con otros debe guiarse por la ética, entendida como una moral social basada en mínimos, mientras que en su individualidad aspira a una moral de máximos.

34 Rawls utiliza el concepto de consenso traslapado para explicar la forma en que las diferentes convicciones de los individuos de una sociedad pueden coincidir en la aceptación de puntos comunes en un pluralismo razonable. John, Rawls. *Liberalismo político*, 5.^a reimp. (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 138.

35 Álvaro Pérez Vives, *Teoría general de las obligaciones*, v. II. (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1957) 41. Jorge Santos Ballesteros, *Responsabilidad Civil*, t. I. (Bogotá: Temis, 2012), 178.

36 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, 464.

37 Al respecto véase David Antonio Betancourt Mainieri, “La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo”, *Revista de Derecho Privado Universidad de Los Andes*, n.º 52 (2014): 10.

38 Aude Denizot-Libreros, “Tendencias francesas en materia de dolo”, *Revista de Derecho Privado Universidad Externado*, n.º 26 (2014), 159 -184.

en la segunda acepción que tiene como sanción la indemnización de perjuicios. La culpa grave, según el Código Civil colombiano (artículo 63), consiste “en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”. La equiparación entre culpa grave y dolo que hace la ley al final del mencionado artículo se justifica por considerarse ambas conductas igualmente reprochables; la culpa grave por corresponder al máximo grado de descuido y el dolo por tratarse de un incumplimiento deliberado.

La jurisprudencia ha sido clara al determinar la vigencia de la equiparación entre el dolo y la culpa grave en el campo de la responsabilidad civil³⁹. El deudor que incurre en culpa grave debe responder en los mismos términos que el deudor doloso. Al respecto, la doctrina ha señalado que los efectos de esta asimilación son⁴⁰:

- (a) se define la extensión del deber de indemnizar;
- (b) no permite limitar la responsabilidad en ninguno de los dos casos;
- (c) produce la alteración del régimen de la carga de la prueba.

El Código Civil colombiano, además de equiparar la culpa grave al dolo, prohíbe la condonación del dolo futuro en su artículo 1522. La pregunta que surge entonces es si se prohíbe asimismo la condonación de la culpa grave futura.

Una interpretación sistemática de las normas del Código Civil permite contestar afirmativamente a ese interrogante, lo cual implica la aplicación de las dos figuras como límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. La jurisprudencia, en esta misma línea de pensamiento, indica “que evidentemente las cláusulas de irresponsabilidad [...] son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo [...] en cambio, tratándose de la culpa leve y levísima, los contratantes pueden lícitamente acordar, la atenuación de la responsabilidad”⁴¹.

39 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6462, diciembre 13 de 2002, MP: Carlos Ignacio Jaramillo.

40 Acerca de los efectos de la equiparación entre el dolo y la culpa grave, véase Jorge Oviedo, *La garantía por vicios ocultos en la compraventa* (Bogotá: Temis, 2015), 275.

41 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Casación Civil. Sentencia G. J. CXLII, 98 y ss., marzo 6 de 1972. Véase también Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala Casación Civil. Sentencia de septiembre 8 de 2011, MP: William Namén Vargas.

Para completar este análisis se debe tener en cuenta el artículo 1535 del Código Civil, el cual establece que las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga son nulas. Así, una obligación que puede ser incumplida dolosamente sin ninguna consecuencia es meramente potestativa y por lo mismo, no es válida.

Incluso en otros países en los que no tienen una norma que equipare el dolo a la culpa grave la doctrina y la jurisprudencia lo equiparan por considerarse que, desde la perspectiva de la buena fe, en ambos casos se violan los deberes de lealtad y honestidad exigidos entre los contratantes⁴², sin contar con la dificultad práctica que implica probar la voluntad interna del deudor para el caso del comportamiento doloso.

Puede parecer extraño que en un contrato las partes pacten expresamente la irresponsabilidad del deudor en caso de incumplimiento doloso o gravemente culposo, salvo casos de responsabilidad por los dependientes o auxiliares. Sin embargo, es un límite muy importante al momento de interpretar un contrato en el que se haya pactado, por ejemplo, un monto máximo de responsabilidad por daños y en la ejecución de aquel el deudor haya tenido un comportamiento gravemente negligente.

Una sentencia del Tribunal Supremo español ejemplifica esta situación⁴³. El Tribunal analiza en este caso una cláusula de limitación de responsabilidad, incluida en un contrato de transporte marítimo de mercancías, específicamente respecto de unas manzanas que llegaron deterioradas pues fueron transportadas a una temperatura inadecuada debido a que el barco no era idóneo para transportarlas. En la sentencia se condenó al pago total del valor de la mercancía perdida y al de la ganancia dejada de obtener, sin tener en cuenta el tope pactado en la cláusula limitativa de responsabilidad precisamente por haber actuado el demandado con dolo (el demandado sabía que el barco no tenía las condiciones idóneas para transportar la fruta).

C) Cláusulas abusivas

En el derecho colombiano no existe una regulación que consagre expresamente los criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula restrictiva de

42 Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual* (Madrid: Ed. Civitas, 1987), 362.

43 Tribunal Supremo de España. Sentencia RJ 1973, 538, febrero 23 de 1973, citada por José Ramón de Verda y Beamonte, "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 4 (2005): 44.

responsabilidad de manera general, aunque existen normas particulares que han regulado el tema como en la prestación de servicios públicos (Ley 142 de 1994); servicios financieros (Ley 1328 de 2009) o más recientemente el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

La jurisprudencia de la sala civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido los requisitos para que una cláusula se considere abusiva⁴⁴:

- (a) que su negociación no haya sido individual;
- (b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial;
- (c) que generen un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

Vamos a analizar cada uno de estos requisitos. Sobre el primero, surge la inquietud acerca de si para determinar la abusividad de estas cláusulas se requiere que estén incorporadas en contratos de adhesión o con base en condiciones generales. Si observamos los requisitos establecidos en la sentencia mencionada, parecería que es así, puesto que es contrario a los postulados de la buena fe pactar este tipo de cláusulas sin que haya existido una posibilidad real o efectiva de controvertirlas. Sin embargo, en esa misma sentencia se señala más adelante que la cláusula puede ser abusiva independientemente de la modalidad de contratación. Incluso, en sentencia posterior de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵ se manifiesta, a propósito de una discusión acerca de la terminación unilateral de un contrato de agencia mercantil, que una cláusula puede ser abusiva así haya sido negociada individualmente. En efecto, en este caso la Corte define las cláusulas abusivas como “todas aquellas que *aún negociadas individualmente*, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos” (énfasis agregado).

Aunque estamos de acuerdo con la posibilidad de determinar el carácter abusivo de una cláusula que haya sido negociada individualmente, pues nada impide que se genere un abuso de posición dominante contractual pese a no existir un contrato de adhesión, debemos reconocer que no es un asunto pacífico. En sentido

44 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 2 de 2001, MP: Carlos Ignacio Jaramillo.

45 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 19 de 2011, MP: William Namén.

contrario, la reciente reforma al Código Civil francés, que innovó añadiendo la figura de las cláusulas abusivas en el Código, las circunscribe únicamente a los contratos de adhesión⁴⁶.

Acerca del segundo requisito, la buena fe, en su acepción objetiva, exige equilibrio y razonabilidad en los contratos. La buena fe es lo que un contratante normal espera que sea el contenido del contrato como resultado de la confianza y sirve para restablecer el equilibrio de las prestaciones entre las partes⁴⁷. En este sentido se dirigen los Principios de Derecho Contractual Europeo (artículo 8:109) al establecer la posibilidad de excluir o limitar los medios de protección del crédito en caso de incumplimiento, pero estos pactos no se pueden alegar si son contrarios a la buena fe. El límite de la buena fe se establece igualmente en el Proyecto de Marco Común de Referencia (III-3:105), otro esfuerzo internacional de unificación contractual. Los comentarios oficiales de este instrumento explican que la referencia a la buena fe no sería necesaria, pues todos los contratos deben respetarla por tratarse de un principio general del derecho, pero se incluyó expresamente en el mencionado artículo debido a la necesidad de reforzar la noción de *buena fe* en este tipo de cláusulas.

Sobre el tercer requisito, consideramos que el punto clave para determinar la abusividad de una cláusula no debe ser el desequilibrio significativo, sino el desequilibrio injustificado, es decir, que se presente una situación que carezca de un motivo que la legitime. Por ejemplo, puede existir un desequilibrio significativo que se manifieste en una limitación de responsabilidad respecto de solo una de las partes, pero que esté justificado por una rebaja considerable del precio o por el tipo de prestación: se vende un carro estrellado en muy mal estado para que se vendan los repuestos y se pacta que el vendedor no será responsable por el funcionamiento del vehículo. En la hipótesis anterior, existe un desequilibrio pero se encuentra justificado por la naturaleza de la prestación acordada por los contratantes. Por esta razón preferimos la definición del Estatuto del Consumidor sobre cláusula abusiva (artículo 42), pues se refiere a aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor.

Una vez revisados los presupuestos para que una cláusula se considere abusiva, estos deberán tenerse en cuenta al momento de analizar una cláusula

46 El nuevo artículo 1171 dispone que “en un contrato de adhesión, toda cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato se reputa como no escrita” (traducción propia).

47 Jorge Parra, *Estudio sobre la buena fe* (Medellín: Librería Jurídica, 2011), 138.

restrictiva de responsabilidad. Por ejemplo, las cláusulas que establecen un límite cuantitativo de indemnización excesivamente bajo podrían considerarse abusivas si el desequilibrio excesivo resulta injustificado.

D) Obligación esencial

Para analizar la obligación esencial como límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad recordemos el célebre caso Chronopost de la jurisprudencia francesa⁴⁸.

Una sociedad, con el fin de participar en una adjudicación, celebra un contrato con la sociedad Chronopost, cuyo objeto es prestar un servicio de correo de entrega inmediata, que se obliga a llevar los documentos a su destinatario a más tardar al día siguiente de su envío. En contraprestación del sobrecosto en comparación con el correo regular, Chronopost se compromete a la rapidez y puntualidad en la entrega, pero los documentos en cuestión llegaron a su destino con retraso, lo cual no permitió a la sociedad contratante formar parte del proceso de adjudicación. La sociedad víctima de este incumplimiento exige indemnización de perjuicios, a lo cual Chronopost responde que una cláusula del contrato limita expresamente su responsabilidad, a causa del retraso, al simple reembolso del precio del transporte. La Corte de Casación acude a la noción de la causa para decidir que la cláusula debía considerarse no escrita puesto que iba en contra de la obligación esencial adquirida por Chronopost. En efecto, según esta jurisprudencia, una cláusula que limite la obligación esencial del contrato lo priva de causa. La reciente reforma al Código Civil francés retomó la mencionada jurisprudencia de la Corte y consagró en el nuevo artículo 1170 que “toda cláusula que prive de su sustancia a la obligación esencial del deudor se reputa no escrita” (traducción propia).

En sentido similar, en los Principios Unidroit (art. 7.1.6) se considera que una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo teniendo en cuenta la finalidad del contrato. Al referirse a la finalidad se refiere de otra manera a la causa, a la obligación esencial. Según los comentarios oficiales de Unidroit, también existe un límite a las cláusulas restrictivas cuando la inexecución resulta de un comportamiento manifiestamente negligente o cuando el acreedor no podría eludir las consecuencias de la limitación suscribiendo un seguro.

48 Corte de Casación francesa, Sala Comercial. Sentencia 93-18632, octubre 22 de 1996.

Vemos que mediante la noción de *obligación esencial* se produce un cambio interesante, pues ya el análisis de los límites no se centra en el comportamiento del deudor (como en el dolo o la culpa grave) sino que se desplaza a un análisis objetivo de la naturaleza de la obligación incumplida⁴⁹.

Ahora bien: la determinación de la obligación esencial no deja de presentar dificultades. Cuando se creía decantada la jurisprudencia Chronopost en Francia, fue sorprendente la decisión del caso EDF de la Corte de Casación francesa⁵⁰ (del 18 de diciembre del 2007). La Corte analizó un contrato de suministro de electricidad a cargo de la empresa EDF. Se presentó un corte energético que averió los equipos industriales de un cliente, quien demandó a EDF por los perjuicios causados, a lo cual EDF opuso una cláusula limitativa de responsabilidad. El demandante alegó la jurisprudencia Chronopost sobre la obligación esencial, pero tanto la Corte de Apelación como la Corte de Casación rechazaron el argumento. La Corte de Casación consideró que ya que la cláusula limitaba la indemnización únicamente para el corte inopinado, sorprendente, de corriente, salvo en caso de culpa grave del proveedor, así que la estipulación no tenía como efecto vaciar de toda sustancia la obligación esencial de suministro de electricidad. Esta interpretación del alcance de la limitación de una obligación esencial resulta, en nuestra opinión, bastante dudosa.

Es imposible elaborar una teoría abstracta para determinar si una obligación es o no esencial en un contrato. La jurisprudencia debe encontrar en cada caso concreto esa obligación indispensable, adaptando el derecho a los cambios de la sociedad⁵¹.

En Colombia, la posibilidad de aplicación de la noción de la obligación esencial como límite a las cláusulas de limitación de responsabilidad podría vislumbrarse en una decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia en materia de un contrato de seguro⁵². En este caso se ilustra, por una parte, la importancia de la interpretación en favor del consumidor y, por otra, que la interpretación propuesta por la parte demandada de esa cláusula, según la Corte, “vaciaría de contenido” la póliza, lo que en otras palabras podemos entender como la imposibilidad de pactar límites de responsabilidad que afecten la obligación esencial del contrato. En el fallo comentado se analiza un contrato de seguro de automóvil en el que se pacta una cláusula en la que se establece que la aseguradora no se haría responsable por las pérdidas

49 Thomas Genicon, “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 13 (2009): 124.

50 Corte de Casación francesa, Sala Comercial. Sentencia 04-16069, diciembre 18 de 2007.

51 Muñiz, *Las cláusulas modificativas*, 49.

52 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-31-03-036-2010-00364-01. MP: Aroldo Wilson Quiroz, febrero 12 de 2018.

o daños que sufriera el bien asegurado mientras estuviera cautelado o decomisado. El automóvil del tomador del seguro fue embargado y posteriormente fue hurtado. Ante la reclamación del asegurado por el hurto del bien, la aseguradora responde que se trata de un “riesgo excluido”.

En el mencionado fallo, la Corte considera que “como el hurto de un automotor no genera daños para el bien sino para el titular de su derecho de dominio, posesión o tenencia, y lo convenido fue que no se ampararían «las pérdidas o daños al vehículo»”, la interpretación de la aseguradora no es aceptable, teniendo en cuenta, entre otras, que en un contrato de adhesión la cláusula ambigua se interpreta en contra del estipulante y a favor del adherente. La Corte añade que la interpretación pretendida por la aseguradora, es decir, el excluir el amparo de la póliza en caso de hurto de bien objeto de embargo “vaciaría de contenido la póliza” pues el robo es uno de los principales motivos para adquirir el seguro de vehículos. Encontramos en esta sentencia una alusión a la causa del contrato y posiblemente, entre líneas, a la obligación esencial del deudor como límite a los pactos de responsabilidad.

Sanciones y efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

A continuación se estudiarán las sanciones que se han determinado en caso de que las cláusulas restrictivas de responsabilidad excedan los límites estudiados anteriormente y el efecto de las cláusulas en caso de resolución del contrato en el que fueron pactadas.

A) Sanciones

El estudio de las sanciones en caso de sobrepasar los límites en materia de cláusulas restrictivas de responsabilidad civil no es sencillo por las diversas sanciones que se han utilizado tanto en Colombia como en el derecho comparado.

Para comenzar a revisar la cuestión es importante partir del principio de conservación, que es fundamental en la interpretación de los contratos. En efecto, cualquier sanción que se pretenda establecer respecto de las cláusulas mencionadas debe respetar este principio, en virtud del cual se debe preferir una interpretación que le permita al contrato producir el máximo de sus efectos en vez de

otro que los reduzca a su ineficacia⁵³. Así las cosas, la ineficacia de una cláusula restrictiva de responsabilidad no debe generar la ineficacia de todo el contrato salvo que se deduzca claramente del acuerdo que las partes no hubieran celebrado el contrato de no haber existido dicha cláusula⁵⁴.

En general, los límites de las cláusulas restrictivas de responsabilidad pueden englobarse en un concepto amplio de *orden público* y con base en eso cualquier cláusula contraria al orden público sería nula por objeto ilícito⁵⁵. Ahora bien: si se considera que la cláusula es abusiva, la sanción aplicable no es clara pues existe inquietud sobre la multitud de sanciones legales y jurisprudenciales disímiles en torno a esta problemática. Algunos han considerado que la figura aplicable en estos casos debería ser la ineficacia de pleno derecho o la nulidad absoluta, o incluso se ha afirmado que hay casos en los cuales la cláusula debe considerarse inexistente, como sucede con las “cláusulas sorpresivas” por ausencia de consentimiento⁵⁶.

Por ejemplo, en materia de derecho de consumo, según lo establecido en el Estatuto del Consumidor colombiano, la sanción no siempre es la nulidad en caso de cláusulas abusivas. El Estatuto señala que las cláusulas limitativas de responsabilidad son abusivas por estar incluidas en el listado del artículo 43. Ahora bien: sobre las cláusulas abusivas en materia de consumo es difícil determinar la sanción aplicable ya que el artículo 42 indica que estos pactos son ineficaces de pleno derecho pero, seguidamente, en el artículo 44, establece que “[l]a nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato”. Así, el Estatuto establece que estas cláusulas pueden ser ineficaces de pleno derecho o nulas, pero no se aclara en qué casos se aplica una u otra sanción.

La coexistencia de estos dos tipos de sanciones respecto de las cláusulas abusivas en el derecho de consumo puede interpretarse, a falta de claridad legal, en el sentido de que la nulidad se debe aplicar respecto de cláusulas abusivas que correspondan a la definición general que da la ley puesto que esta sanción requiere

53 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 554; Carlos Ignacio Jaramillo, *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos* (Bogotá: Ibáñez, 2016), 352.

54 Gual, *Cláusulas de exoneración*, 415.

55 Sergio Muñoz Laverde, “El principio de buena fe y su incidencia en la interpretación del contrato. Nulidad de las cláusulas abusivas en el derecho colombiano”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo IV, vol. 1 (Bogotá: Temis, Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 211-246.

56 Sobre las diferentes sanciones que ha planteado la doctrina frente a las cláusulas abusivas véase Yolima Prada, “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo IV, vol. 1 (Bogotá: Temis, Pontificia Universidad Javeriana, 2010), 322.

de declaración judicial y deberá el juez analizar si en el caso concreto la cláusula es o no abusiva, mientras que se aplicará la ineficacia de pleno derecho cuando la cláusula se encuentre en la lista establecida por la ley, caso en el cual no se requiere de declaración judicial o administrativa.

Esta posible interpretación nos ofrece una salida frente a la oscura redacción del Estatuto sobre las sanciones de las cláusulas abusivas.

B) Efectos de las cláusulas restrictivas en caso de resolución

Acerca de los efectos de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, resulta interesante indagar cuáles serían los efectos de estos pactos en caso de resolución del contrato en el que fueron estipulados. Dados los efectos retroactivos de la resolución, si esta se declara, todo debe volver al estado anterior a la celebración del contrato. El artículo 1546 del Código Civil establece que en los contratos bilaterales, en caso de incumplimiento de una de las partes, la parte cumplida o que se ha allanado a cumplir tiene la posibilidad de pedir la resolución del contrato más indemnización de perjuicios. ¿Qué sucede en ese caso si, por ejemplo, en el contrato se pactó una cláusula que limitaba el pago de los perjuicios a un monto determinado?

La jurisprudencia francesa ha tenido distintas posiciones frente a este interrogante. Tradicionalmente, la Corte de Casación francesa había considerado que con la resolución se extinguían igualmente las cláusulas acerca de la responsabilidad, por lo que estas no se tenían en cuenta al momento de determinar los perjuicios causados. Sin embargo, recientemente, a la luz de la reforma al Código Civil francés, la jurisprudencia cambió y ahora la Corte considera que estas cláusulas sobreviven a la resolución⁵⁷. En efecto, el nuevo artículo 1230 del Código Civil prevé que “la resolución no afecta ni las cláusulas relativas a la solución de conflictos, ni a aquellas destinadas a producir efectos aun en caso de resolución, tales como las cláusulas de confidencialidad y de no competencia” (traducción propia). Con base en esta modificación legal, la Corte ha interpretado que al momento de tasar perjuicios sí se deben aplicar las cláusulas restrictivas de responsabilidad establecidas en el contrato así haya operado la resolución.

57 Corte de Casación francesa, Sala Comercial. Sentencia 16-20.352, febrero 7 de 2018. En este caso una empresa demanda a una sociedad de construcción por incumplimiento en la reparación de una caldera y judicialmente se declara la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, pero la parte demandada solicita que se aplique la cláusula de limitación de responsabilidad civil para tasar los daños.

Protección al consumidor

El esquema tradicional del derecho de contratos concibe la igualdad entre los individuos en las relaciones jurídicas mientras que las relaciones de consumo son por lo general asimétricas dado que el consumidor suele ser la parte débil del vínculo negocial. Por esta razón, el derecho del consumo busca proteger una parte que se presume se encuentra en desventaja frente a otra.

Existe una corriente muy fuerte en el derecho que tiende a prohibir las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando estas son impuestas por profesionales a consumidores de bienes y servicios⁵⁸, posición adoptada, como se señaló anteriormente, por nuestro Estatuto del Consumidor.

Agravante de este desequilibrio se genera por la modalidad de contratación que suele utilizarse en las relaciones de consumo: los contratos de adhesión. Estos contratos presentan múltiples ventajas, como la rapidez y agilidad en las transacciones, pero son igualmente una herramienta proclive al abuso.

Ya refiriéndonos particularmente a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, el Estatuto del Consumidor sigue las tendencias de otros ordenamientos en materia de consumo y considera abusivas este tipo de cláusulas, que de pactarse serán ineficaces de pleno derecho. Recordemos, además, que las normas que protegen a los consumidores son normas de orden público, por lo cual los contratantes no podrían pactar en contrario.

Consideramos relevante en este punto tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹ (proferida antes de la existencia de la Ley 1328 de 2009 y el Estatuto del Consumidor) que nos permite ilustrar varios de los puntos más relevantes que se han discutido a lo largo del presente texto. En el asunto de marras, la Corte aceptó la validez de una cláusula que exoneraba de responsabilidad a una compañía de *leasing* por vicios de la cosa. Un análisis ligero de esta cláusula, hoy en día, cuando las cláusulas restrictivas de responsabilidad se encuentran en primer lugar en la lista señalada por el Estatuto del Consumidor como cláusulas abusivas, nos llevaría a pensar que la cláusula es ineficaz de pleno derecho. Pero el análisis que hizo la Corte, en su momento, resulta de la mayor importancia puesto que pone en evidencia que el fin que subyace al contrato de *leasing* financiero es la

58 Geneviève Viney, *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*, trad. Fernando Montoya. (Bogotá: Universidad Externado. 2007), 363.

59 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6462, MP: Carlos Ignacio Jaramillo, diciembre 13 de 2002.

financiación para la adquisición de los activos, y es precisamente el tomador quien selecciona el bien objeto del contrato así como el proveedor. Por lo anterior, el productor o proveedor es quien debe responder por la calidad del bien, no la compañía de *leasing*, pues su obligación esencial es financiar el bien y no fabricarlo o distribuirlo. La Corte además se refiere en esta decisión a la función de intermediación, en sentido amplio, de la compañía de *leasing*.

Tomando como referencia la sentencia que se acaba de analizar, queremos hacer una reflexión final pues en materia de consumo es fundamental revisar la función de intermediación en particular por la discusión alrededor de los llamados “intermediarios tecnológicos” y su responsabilidad civil. Tomemos el caso de una conocida empresa colombiana que tiene una plataforma en línea que sirve de lugar de encuentro para diferentes usuarios —anunciantes y compradores— que se registran en ella con el objetivo de comprar y vender determinados productos o servicios. Esa empresa sería entonces un intermediario que no es ni productor de bienes ni proveedor de servicios. Simplemente pone en contacto a los usuarios para que celebren un negocio entre ellos. La Superintendencia de Industria y Comercio parecía haber revisado esta situación al comparar la actividad de la empresa mencionada a los avisos clasificados en un periódico. ¿Tendría sentido que quien vende un bien mediante un aviso en un periódico demandara al periódico porque el comprador no le pagó?

Sin embargo, la Superintendencia no ha tenido una posición clara al respecto, pues, posteriormente, en el 2015, consideró que esta misma empresa sí hacía parte de la cadena de comercialización y por lo tanto era solidariamente responsable. Además, esta entidad ha considerado que al cobrar una comisión ya no se trataría de un portal de contacto (figura establecida en el Estatuto del Consumidor) sino un portal de establecimiento de comercio, porque existe un interés en poner en contacto a las partes. La pregunta que surge con esa interpretación de la Superintendencia es *¿Existe un portal de contacto en el que no exista ningún interés en poner en contacto a las personas que deseen utilizarlo?* No se entendería cuál sería la finalidad que perseguiría un comerciante en poner a disposición un portal si no tuviera ningún interés en ello. Es posible que la confusión se haya generado por la existencia de portales que no cobran una comisión por su servicio, pero sería ingenuo pensar que por esta razón no tienen un interés. El interés de este tipo de portales (como sucede con muchos servicios que se prestan en internet, como correos electrónicos, redes sociales, etc.) está en la publicidad y en los datos de quienes ingresan a su plataforma que pueden venderse para que las empresas perfilen a esos individuos y les envíen publicidad según los intereses que han podido

determinar gracias a los datos suministrados por el portal. Esos portales no prestan un servicio gratuito así no se pague una comisión y evidentemente tienen un interés económico.

Los intermediarios tecnológicos son cada día más frecuentes en el tráfico jurídico y las reglas que se les deben aplicar en materia de responsabilidad civil no son claras. Es por ello por lo cual realzamos la importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de *leasing* financiero para diferenciar las obligaciones de los productores y proveedores y los intermediarios. Consideramos que los intermediarios tecnológicos deben responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones específicas como información, claridad, mantenimiento adecuado de la plataforma, entre otras, a las que hace referencia expresamente el Estatuto del Consumidor al referirse a los portales de contacto.

Un análisis similar al que realizó la Corte con relación a las obligaciones de la compañía de *leasing* en el contrato de *leasing* financiero puede ayudar a determinar los límites a la responsabilidad de los intermediarios tecnológicos teniendo en cuenta, entre otros, las obligaciones propias de la actividad, la finalidad del contrato y la noción de *obligación esencial*.

Conclusiones

La expansión de la obligación de reparar el daño generado, entre otros, por el aumento de los supuestos de responsabilidad objetiva ha generado la necesidad de los potenciales dañadores de limitar su responsabilidad, lo cual ha conducido a la aceptación generalizada de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad buscando un equilibrio para privilegiar la libertad contractual pero evitando posibles abusos de quien se beneficie con tales pactos injustificadamente. Para lograrlo, resulta indispensable tener claridad respecto de los límites que deben respetar dichas cláusulas, que, en general, se pueden englobar en un concepto amplio del orden público, y que de manera concreta se encuentran en el dolo y la culpa grave y las nociones de *cláusula abusiva* y *obligación esencial*.

En el derecho de consumo, en cambio, la tendencia tanto en Colombia como en otros ordenamientos jurídicos es la de sancionar con ineficacia la inclusión de cláusulas restrictivas de responsabilidad por considerarse abusivas. Sin embargo, resulta necesario analizar las obligaciones específicas del deudor en cada caso pues pueden presentarse situaciones en las que la exoneración de responsabilidad se

manifieste precisamente para delimitar las obligaciones que le corresponden al deudor pero respetando siempre la finalidad propia de cada contrato.

Se sugiere aplicar los desarrollos jurisprudenciales en materia de distinción de las obligaciones de productores o proveedores e intermediarios en los casos de intermediación tecnológica para enfrentar los retos que en materia de responsabilidad se están presentando actualmente en particular frente a los contratos basados en nuevas tecnologías.

Referencias

Doctrina

Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1994.

Betancourt Mainieri, David Antonio. "La asunción de riesgos por el acreedor: el caso de las actividades deportivas de alto riesgo". *Revista de Derecho Privado Universidad de los Andes*, n.º 52 (2014).

Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Cárdenas, Juan Pablo. "Cláusulas exoneratorias o restrictivas de responsabilidad", en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Coordinadores Carlos Ignacio Jaramillo y Mariana Bernal. Bogotá: Diké, 2009.

Castro, Marcela. "Propuesta para la modernización de la responsabilidad civil contractual en Colombia. Cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad", en *Modernización de las obligaciones y los contratos*. Coordinado por Marcela Castro. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

Denizot-Libreros, Aude. "Tendencias francesas en materia de dolo". *Revista de Derecho Privado Universidad Externado*, n.º 26 (2014).

De Verda y Beamonte, José Ramón. "Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 4 (2005).

Díaz, Indira. "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. Contract liability in modern law".

Revista de Derecho Privado, n.º 23 (2012).

Esmein, Paul. “De las cláusulas de irresponsabilidad”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. (1927).

Jordano Fraga, Francisco. *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas, 1987.

Genicon, Thomas. “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 13 (2009).

González Castillo, Joel. “Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”. *Revista Chilena de Derecho* 38, n.º 1 (2011).

Gual, José Manuel. *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*. Bogotá: Ibáñez, 2008.

Henaó, Juan Carlos. *El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Hoyos, Guillermo. *Para una teoría discursiva del derecho*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2012.

Izquierdo, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2001.

Jaramillo, Carlos Ignacio. *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos* Bogotá: Ibáñez, 2016.

Muñiz, Luis. *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses*. Bogotá: Temis, 2006.

Muñoz, Sergio. “El postulado de autonomía privada y sus límites frente al constitucionalismo colombiano contemporáneo”, en *Neoconstitucionalismo y derecho privado*, editado por Beatriz Espinosa y Lina Escobar. Bogotá: Universidad Javeriana, 2008.

Ossola, Federico A. *Tratado de la renuncia de los derechos y las obligaciones*, t. II. Buenos Aires: La Ley, 2012.

Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2000.

Oviedo, Jorge. *La garantía por vicios ocultos en la compraventa*. Bogotá: Temis, 2015.

Parra, Jorge. *Estudio sobre la buena fe*. Medellín: Librería Jurídica, 2011.

Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*, v. II. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1957.

Prada, Yolima. “De las cláusulas abusivas”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo IV, vol. 1. Bogotá: Temis, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

Rawls, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

Ruiz Sutil, Carmen. “El resurgimiento de los pactos limitativos en la contratación internacional: propuesta de una nueva regulación para América y Europa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 143 (2015).

Santos Ballesteros, Jorge. *Responsabilidad Civil*, t. I. Bogotá: Temis, 2012.

Viney, Geneviève. *Tratado de Derecho Civil. Introducción a la responsabilidad*. Traductor Fernando Montoya. Bogotá: Universidad Externado, 2007.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-916 de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-832 de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-965 de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010.

Corte de Casación Francesa. Sala Comercial. Sentencia 93-18632, octubre 22 de 1996.

Corte de Casación Francesa. Sala Comercial. Sentencia 04-16069, diciembre 18 de 2007.

Corte de Casación Francesa. Sala Comercial. Sentencia 16-20.352, febrero 7 de 2018.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia G. J. XLIV, diciembre 9 de 1936.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia G. J. XLVII, julio 15 de 1938.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de marzo 6 de 1972, M. P. Humberto Murcia Ballén.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de febrero 2 de 2001, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 6462, diciembre 13 de 2002, M. P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de septiembre 8 de 2011, M. P. William Namén.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 19 de 2011, M. P. William Namén.

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia 11001-31-03-036-2010-00364-01, febrero 12 de 2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia. Sentencia 7161, noviembre 24 de 2016.

