

# VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL<sup>67</sup>

JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA

Abogado por la Universidad Externado de Colombia.  
Profesor de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia.  
Becario de investigación en la *Università degli Studi di Genova*.  
Doctorando en Derecho Civil en la  
*Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento di Sant'Anna di Pisa*.

## SUMARIO

I. Introducción. - II. Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad como límite al principio de la reparación integral del daño: 1. Ventajas e inconvenientes de las cláusulas; 2. Régimen de la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad contractual. - III. Las prohibiciones legales en casos particulares, no afectan la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual: 1. Reafirmación legal de su validez; 2. Reconocimiento por parte de la jurisprudencia. - IV. Conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

En el giro cotidiano de los negocios las partes en ejercicio de la autonomía privada suelen emplear numerosas y variadas cláusulas,<sup>1</sup> por medio de las cuales es posible modificar el principio de la reparación integral del daño,<sup>2</sup> a fin de ajustar el contenido del contrato a sus propios intereses.

La doctrina ha elaborado varias clasificaciones sobre la tipología de las cláusulas de responsabilidad,<sup>3</sup> las cuales, muestran en su mayoría multiplicidad de puntos comunes. La mayor parte de la doctrina de manera acertada considera adecuada la clasificación según la cual, **las cláusulas de responsabilidad** constituyen el género de estos pactos, los cuales a su vez se subdividen en: (i) **las cláusulas relativas a la obligación**, las cuales al eliminar una obligación en el contrato inciden indirectamente

<sup>67</sup> Agradecemos a Olenka Woniak Ozygde por la cesión del presente artículo para su publicación.

<sup>1</sup> No son objeto de este estudio las cláusulas de traslado de la obligación del resarcimiento (las cuales no limitan la responsabilidad, ni exoneran de ella. Estas dejan al acreedor incumplido, su derecho a la indemnización ineluctable y solo operan mediante un reparto de los riesgos, al trasladar en terceros, la obligación resarcitoria), ni las cláusulas que agravan la responsabilidad del deador (las cuales afectan el régimen normal de responsabilidad, pero en beneficio del acreedor perjudicado por el incumplimiento, al agravar la situación del deador. Basta mencionar que en principio cada se opone a su validez). Cfr., G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Paris, 2001, pp. 341. Nótese la diferencia entre los tipos antes mencionados de cláusulas, que no obstante presentar aspectos comunes, poseen diferentes regímenes y consecuencias. Sobre la distinción entre las cláusulas, v., F. BENATTI, *Clause di esonerazione de responsabilità*, En: *Dig. disc. priv.-sec. civ.*, Torino, 1988, vol II, pp. 403. N. ALVAREZ, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998, pp. 48 ss. L. DELOGU, *Le modificazioni consensuali della responsabilità civile*, Padova, 2000, pp. 158 ss. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonerazione dalla responsabilità*, En: *Danno e resp.*, 1998, pp. 859 ss.

<sup>2</sup> Cfr., P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Paris, 2000, pp. 157 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. GARCÍA, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1963, pp. 125 ss. N. ALVAREZ, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Op. cit., pp. 25. L. DELOGU, *Le modificazioni consensuali della responsabilità civile*, Op. cit., pp. 75 ss.

sobre la responsabilidad;<sup>4</sup> y (ii) las cláusulas relativas a la reparación,<sup>5</sup> a cuyo género pertenecen las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.<sup>6</sup> Estas últimas, constituyen el objeto del presente estudio, y se subdividen en: (a) *cláusulas relativas al derecho a la reparación* (b) *cláusulas relativas a la modalidad de reparación*.<sup>7</sup>

Las partes de modo previo al incumplimiento del contrato, pueden pactar diversas formas de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad,<sup>8</sup> por ejemplo, aquellas que referidas al monto de la reparación, establecen un porcentaje de los daños a reparar, o aquellas que exoneran al deudor de la carga de reparar ciertos daños.

En este escrito se pretende presentar y analizar la problemática actual de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los ámbitos francés e italiano.

<sup>4</sup> Un claro caso de este tipo de cláusulas, son las relativas a la fuerza mayor, que permiten al deudor modificar o suspender la ejecución de sus obligaciones. Este caso suele presentarse en los contratos de construcción con estipulaciones donde los términos de ejecución serán prolongados por causa de la intemperie o de otra eventualidad de fuerza mayor, v. Cass. III civ. 19 mars 1969, en Bull. civ., III, n. 242. Es el momento de hacer un llamado a la doctrina para establecer claridad de conceptos y evitar las confusiones o ambigüedades conceptuales ante la presencia de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, frente al concepto de una cláusula de delimitación de la obligación.

<sup>5</sup> Sin embargo, no pocas confusiones se han manifestado de parte de la jurisprudencia, notadas por la doctrina. Es el caso de la Jurisprudencia francesa, italiana y española, que desde los años 80s ante la presencia de una cláusula similar, al analizarla frente a un caso específico, una veces la toman como cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad y en otros eventos como cláusula de delimitación del objeto de la prestación, lo cual genera efectos bien diferentes dependiendo de la posición que se asuma. Los casos más relevantes se presentan en presencia de una cláusula pactada por el propietario de un parqueadero, cuando en el módulo del contrato, se exoneran al parqueadero de responsabilidad por las pérdidas de las cosas dejadas dentro de los vehículos dentro del estacionamiento. Similar situación sucede en Italia frente al contrato de cajillas de seguridad entre el cliente y la entidad bancaria, cuando en presencia de una cláusula se establece que la entidad bancaria responderá solo de un techo de daños, en caso de pérdida de los bienes depositados dentro de la cajilla. Sobre este particular, la jurisprudencia italiana no tuvo una posición unánime y fueron necesarias posteriores intervenciones de parte del legislador. Cfr. L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonerazione di responsabilità*. En: Trattato di diritto privato, dirigido por Rescigno P., Torino, 1999, IX, 294. G. PONZANELLI, *Le clausole di esonerazione dalla responsabilità*. En: La responsabilità civile, bajo dirección de Cendon P., Torino, 1998, vol. I, pg. 364. P. DELEBECQUE, *Régime de la réparation*, en *Juris clauseurs civil code Art 1146 a 1155*, Paris, 1998, fasc. 210, pg. 8. Donde se remite a una abundante jurisprudencia.

<sup>6</sup> Otro tipo de cláusulas que no es objeto de este escrito pero que pueden también modificar el principio de la reparación integral lo constituye la cláusula penal, que no obstante ser una cláusula de naturaleza diferente, podrá presentar por sus efectos, puntos comunes con las cláusulas de limitación de responsabilidad, esto sucede en modo claro, cuando se está en presencia de una cláusula penal que no opera acumulativamente con la indemnización del daño. Cfr. CH. LARROUMET, *Droit civil, Les obligations le contrat*, Paris, 1998, pg. 739 ss. B. STARCK, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, en D. chron. Paris, 1974, pp. 32 ss. F. BENATTI, *Clausole di esonerazione da responsabilità*, cit., pg. 397 ss. Se suelen también clasificar como cláusulas de no responsabilidad, englobando bajo el mismo término tanto las cláusulas de exoneración total como las de simple limitación de responsabilidad, parece más claro clasificarlas como cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Llamadas también "cláusulas de no-responsabilidad" o "cláusulas de irresponsabilidad". Cfr. G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, cit., pg. 349.

<sup>7</sup> Cfr. P. DELEBECQUE, *Régime de la réparation*, Op. cit., pg. 1 ss. G. VINEY - P. JOURDAIN, *ibidem*, pp. 341 a 349.

<sup>8</sup> La presentación de cláusulas sobre la reparación es muy variada, de modo usual se suelen encontrar inseridas en las condiciones generales del contrato de los instrumentos negociales, donde suelen aparecer en letras minúsculas, en un ticket o en facturas. Cfr. L. AYNES, *Droit français en AA.VV., Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*. En: Europe, actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990 bajo dirección de Ghésin J., Paris, 1991, pg. 8.

El sistema francés,<sup>9</sup> de manera similar a los regímenes colombiano y español, no establece una norma que constituya una regla o principio general con relación al régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.<sup>10</sup> No obstante, dichos sistemas, reconocen la validez de las mismas por vía de interpretación doctrinaria y jurisprudencial.

Por su parte, el sistema italiano<sup>11</sup> posee una norma expresa (artículo 1229 del *codice civile*), que consagra la regla general de la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, aplicable a los contratos donde ellas sean predispuestas. Este régimen al parecer influenció el Código Civil peruano de 1984 (artículo 1328), en donde se establece un régimen general similar al fijado por el *codice civile* italiano (artículo 1229), aplicable a dichas cláusulas.

En concreto, se hará referencia a la situación actual de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual.<sup>12</sup> ventajas, inconvenientes y régimen jurídico (numeral II). Además, dado su habitual uso en la práctica de los negocios, a través de su inserción en los contratos de adhesión, es posible que se generen abusos y perjuicios contra el contratante débil, pero no por ello se podrá negar su validez de principio,<sup>13</sup> por lo cual, resulta también necesario hacer relación a su reconocimiento práctico frente a sus límites de validez (numeral III).

## II. LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD COMO LÍMITE AL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

El principio de responsabilidad, según el cual, se busca restablecer a la víctima, en la medida de lo posible, la situación que existía al momento anterior de la ocurrencia del daño, o lo que es lo mismo "se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño",<sup>14</sup> presenta límites, no solo porque debe en principio repararse el daño previsible, sino también, porque las partes, en ejercicio de la autonomía contractual, mediante la inclusión al contrato de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, pueden limitar o excluir el derecho a la reparación.

<sup>9</sup> Sistema que ha influenciado los códigos civiles de Colombia, Chile e Italia.

<sup>10</sup> Sin embargo, poseen una serie de normas dispersas de carácter específico, referidas a contratos particulares.

<sup>11</sup> El modelo del *codice civile* italiano de 1942, hoy en vigor ha sido influenciado tanto por el *code civil* francés como por el BGB alemán (sistema con norma expresa al referirse a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en el parágrafo 276. 2). Modelo que regula de manera conjunta, las disciplinas civil y comercial y que parece mostrar una influencia sobre el reciente código civil de Brasil del año 2002, entrado en vigor en el año 2003. El *code civil* y el BGB han influenciado en modo considerable el moderno derecho civil de los continos y obligaciones, ambos considerados como modelos por excelencia del sistema del *civil law*; dentro del cual, el sistema italiano constituye un sistema mixto.

<sup>12</sup> La doctrina sobre el tema de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad es abundante, para una referenciageneral y su clasificación, entre otros, cfr., AA.VV. *Las cláusulas limitativas en constituciones de responsabilidad*. En: *Europe, actes du colloque des 13 et 14 décembre 1980* bajo dirección de Ghedin J, París, 1991. M. AL JONDI. *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité*. Thèse Paris I 1979. N. ALVAREZ. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*. Op. cit. P. DELEBECQUE. *Les clauses alléger les obligations dans les contrats*. Thèse. Aix. 1981. Del mismo autor *Régime de la réparation*, cit., pg. 1. L. DELOGU. *Le modificazioni contrattuali della responsabilità civile*. Op. cit., M. GARCÍA. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Op. cit. G. PONZANELLI. *Le clausole di esonerazione dalla responsabilità*. Milano, 1984. G. VINEY - P. JOURDAIN. *Les effets de la responsabilité*. Op. cit., pg. 345.

<sup>13</sup> Cfr., P. LE HURNEAU, - L. CADREU. *Droit de la responsabilité civile*. Paris, 2002, pp. 323 ss.

<sup>14</sup> Cf., EBENAO. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, 1998, pp. 43.

Las mencionadas cláusulas a fin de regular en forma anticipada las consecuencias derivadas del incumplimiento, deben ser pactadas de modo previo a que este ocurra, puesto que de pactarse con posterioridad a la realización del daño, se incurrirá en una transacción, figura distinta, a la cual corresponde un régimen jurídico diferente.

Las cláusulas relativas a la reparación suelen presentarse de forma variada en los contratos. Algunas buscan eliminar, en modo directo y explícito, toda reparación derivada del incumplimiento de una u otra obligación que recae sobre el deudor o sus auxiliares, estas son las "cláusulas de exoneración de responsabilidad" total o parcial, y suprimen la reparación inherente a la responsabilidad; otras en cambio, establecen por medio de un cierto monto, techo o límite máximo, la reparación del daño, y se denominan "cláusulas de limitación de responsabilidad",<sup>15</sup> con las cuales subsisten las reglas ordinarias de la responsabilidad, a excepción del principio de la reparación integral del daño, pues de probarse que la entidad del daño es superior al techo establecido como límite, este se reparará dentro y hasta el límite establecido por las partes como máximo de indemnización. El objetivo de ambas cláusulas es evitar una reparación demasiado gravosa para el deudor.<sup>16</sup>

Las cláusulas de exoneración hacen referencia, a la asunción por parte del deudor de una obligación, sin que se genere responsabilidad en caso de incumplimiento, incumplimiento tardío o defectuoso o a casos en que se presentan pactos relativos a determinados eventos típicos de imposibilidad sobrevenida, por los cuales el deudor tampoco estará llamado a responder.

Las cláusulas de limitación, no se refieren de modo exclusivo a la cuantificación del daño, pues también pueden relacionarse con el incumplimiento. En efecto, la doctrina reciente ha señalado que la limitación de la responsabilidad puede también relacionarse con el grado de culpa,<sup>17</sup> en el sentido que el deudor sea tenido a una diligencia menor a aquella de la normal. En otros aspectos, las cláusulas de limitación pueden afectar los efectos del incumplimiento, al excluir por ejemplo el derecho a la resolución del contrato por incumplimiento, limitando así, de modo indirecto, el resarcimiento del daño.

Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se refieren, en consecuencia, a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones<sup>18</sup> y no simplemente a la obligación de resarcimiento del daño. Es decir, se refieren a todos los efectos relacionados con el incumplimiento, como un concepto más amplio

<sup>15</sup> Cfr., P. TERRÉ - P. SIMLER - Y. LEQUETTE. *Droit civil. Les obligations*. Paris, 2000, 593 y 601. Si bien esta ha sido la posición tradicional, manifestada por la doctrina, se sostiene que las cláusulas de limitación y exoneración no solo se refieren al solo efecto de la responsabilidad, sino también a todos los efectos derivados del incumplimiento. Ambas cláusulas pueden explicarse dentro del ámbito del incumplimiento al referirse no solo a la cuantificación del daño, sino también al grado de culpa, pudiendo ser tenido el deudor a responder por un grado inferior de esta. En este modo, las cláusulas de limitación de responsabilidad adquieren un significado que va más allá, que será el de limitar, los efectos del incumplimiento, y no sólo el limitado a las consecuencias de la responsabilidad en sí misma. Cfr., G. CECCHERINI. *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Classe di concorso da responsabilità artt. 1228-1229*. En: *Commentario al codice civile*, bajo dirección de Busselli F. D. Milano, 2003, pp. 185 a 189, 193.

<sup>16</sup> Para la jurisprudencia, esta claridad no fue inmediata, pues surgió varias críticas hechas por parte de la doctrina, hacia la década de los cuarenta.

<sup>17</sup> Cfr., G. CECCHERINI. *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Classe di concorso da responsabilità artt. 1228-1229*. Op. cit., pp. 193.

<sup>18</sup> El incumplimiento puede derivar de retardo, falta de correspondencia de la cantidad, o de la cantidad exigida en la relación obligatoria o incluso respecto a la cantidad esencial para el uso.

de aquella teoría que sostiene que las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad del deudor solo se refieren a las consecuencias de la cláusula misma (obligación de resarcir el daño), teoría restrictiva que descuida la posibilidad de pactar otras cláusulas convencionales de modificación de la responsabilidad.

Por tradición se sostiene que las cláusulas de exoneración de responsabilidad (referidas al *an debentur*) por sus efectos de irresponsabilidad total, tienen una mayor gravedad, que las cláusulas de limitación de responsabilidad (referidas al *quantum*). Sin embargo, ambas han sido reafirmadas por parte de la jurisprudencia y la doctrina, no obstante que el principio de su validez haya sido sometido a ciertos límites.<sup>19</sup> El legislador italiano además de reafirmar el principio general de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad va mas allá, pues no obstante reconocer que son cláusulas con conceptos diferentes establece para ambas un régimen único, en cuanto a sus efectos y a los límites de su validez, sancionándolas con nulidad en caso de resultar inválidas (*codice civile*, artículo 1229).<sup>20</sup> Esta consagración de un régimen único ha ocasionado de este modo que la distinción conceptual entre estos dos tipos de cláusulas haya perdido en la actualidad un poco de importancia.

La consagración expresa de la mencionada regla general de validez de principio (artículo 1229) constituye un paso adelante frente a aquellos países que no poseen una norma específica general como sucede por ejemplo en Francia,<sup>21</sup> lo que evidencia la necesidad de una reforma al *code civil* francés,<sup>22</sup> a efecto de establecer con certeza y claridad los límites a la validez de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad.<sup>23</sup>

En la actualidad se afrontan problemas para diferenciar las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, de las cláusulas que delimitan del objeto de la prestación,<sup>24</sup> o de aquellas que reparten los riesgos entre las partes o con la

<sup>19</sup> En general, la jurisprudencia reconoce la plena validez de las cláusulas de simple limitación de responsabilidad, mientras que muestra una mayor preocupación al tratar la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pues podrían alentar al deudor a comportarse en modo imprudente o a cometer hechos de los cuales es consciente que no asumirá ninguna consecuencia. Se podría pensar en una teoría que promueva la necesidad de establecer una norma expresa que prohíba el uso de cláusulas de exoneración total de responsabilidad. Cfr. G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*. Op. cit., pp. 352 con una abundante jurisprudencia desde 1971. J. MAZEAUD - H y L. MAZEAUD - F. CHABAS, *Traité de la responsabilité civile. Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie*. Paris, 1983, t III, vol II, pp. 116. P. ESMÉIN, en P. ANTON, M. - RIZZI G., *Traité de droit civil, obligations*. Paris, 1952, t VI, pp. 540 ss. P. ROBINO, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*. En: RTD. Civ. 1951, pp. 1ss.

<sup>20</sup> Cfr., L. CABELLA PISU, *La clause de exclusion o limitazione del risarcimento. En: Risarcimento del danno contrattuale e extraccontrattuale*, bajo dirección de Visconti G., Milano, 1999, pp. 429.

<sup>21</sup> Situación similar en España y Colombia.

<sup>22</sup> Son diferentes las razones de inclusión de los límites a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el artículo 1229, durante la reforma de 1942 al *code civil*, razones todas complementarias, por la inmoralidad de los pactos, o para proteger la relación obligatoria a fin de asegurar un compromiso diligente mínimo inderogable de parte del deudor, otras por motivos de buena fe, y otras para restablecer el equilibrio contractual cuando se está en presencia de un consumidor. Cfr. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli militari. Clauses di esonerazione di responsabilità artt. 1228-1229*. Op. cit., pp. 150 ss. L. CABELLA PISU, *Le clause di esonerazione di responsabilità*. Op. cit., pp. 288.

<sup>23</sup> Una posición puede ser la prohibición total de las cláusulas de exoneración total de responsabilidad.

<sup>24</sup> Es constante el orientamiento de la jurisprudencia de distinguir las cláusulas de delimitación del riesgo o del objeto de la obligación del contrato, de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad insertadas en módulos o en las condiciones generales del contrato. Cass. 1 diciembre 1998 n. 12190, en: *Domus resp.* 1999, pp. 6-42. Situación ejemplar se presentó ante la incertez de la jurisprudencia en tema de una casística sobre el

cláusula penal.<sup>25</sup> Cláusulas todas estas que, no obstante ser en teoría de naturaleza diferente, en la práctica pueden resultar inseridas en el contrato por las partes, a fin de lograr en modo directo o indirecto efectos similares a los de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, bajo la apariencia de otro tipo de cláusula.<sup>26</sup>

### 1. Ventajas e inconvenientes de las cláusulas

Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aportan ventajas claras para el desarrollo de la actividad productiva, financiera y para el progreso tecnológico. Por ejemplo, por razón de su uso, las empresas son liberadas del temor de una responsabilidad demasiado gravosa, pudiendo así innovar con más tranquilidad mediante el empleo de acciones y técnicas menos audaces.<sup>27</sup>

Del mismo modo, las cláusulas limitativas de responsabilidad, constituyen un mecanismo favorable al mercado de los seguros. A través de ellas es posible establecer los riesgos en modo previsible, lo cual permite hacer el seguro favorable desde el punto de vista financiero.

Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual tienen también una fuerte incidencia sobre el derecho de la competencia. En efecto, previa la observación del régimen que para las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual establece el comercio internacional, el derecho interno en la medida que implante un mayor grado de permisividad al principio de la validez de estas cláusulas de reparación, hará las empresas más competitivas. En sentido contrario, a mayor restricción, resultarán empresas menos competitivas. De este modo, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad constituyen un factor que desarrolla en mayor o menor grado la economía nacional.<sup>28</sup> Un ejemplo histórico ilustra esta situación: en algunos países del mundo anglosajón se utilizaron cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el transporte marítimo, que hicieron posible a los transportadores bajar en modo considerable el valor de los fletes, esta situación ocasionó que las empresas transportadoras (italianas y francesas no estuvieran en grado de sostener una similar competencia, a consecuencia de que el derecho interno de sus países establecía la imposibilidad de poder disminuir su responsabilidad en un modo similar. Esta situación no solo ocasionó que los

contrato de caja de seguridad bancario. Cfr., Cass., 29 marzo 1976, n. 1129, en: Banca, borsa e tit. cred., 1976, II, pg. 173, con nota de MOLLE; Cass., 3 noviembre 1989, n. 4604 en Giur. it., 1990, I, 1, 1600, con nota de VELLA; Cass., 1 luglio 1994, pg. 6215 en Corz. giur., 1994, pg. 907, con nota de CARBONE; Cass., 1 luglio 1994, n. 6226, en: Giur. civ., 1994, I, 224; Cass., 24 gennaio 1997, pg. 750, en: Contratti, 1997, pg. 255, con nota de DELFINI.

<sup>25</sup> La doctrina ha aclarado que el modo de operar de una cláusula penal es diferente al de la cláusula de limitación de responsabilidad. Cfr., G. PONZANELLI, *Le clausole di esonerazione dalla responsabilità*, cit., pg. 852. Al explicar cómo la cláusula penal establece un *forfait*, mientras que la cláusula de exoneración un *plafond*. La cláusula penal no debe nunca constituir un instrumento concedido al deudor para exonerarlo o limitarle las consecuencias del incumplimiento derivado de dolo o culpa grave. Cfr., F. BENAITI, *Contributo allo studio delle clausole di esonerazione da responsabilità*, Milano, 1971, 65. Por ello, alguna doctrina manifiesta que los límites a la validez del pacto de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad deberá extenderse a los pactos con los que indirectamente se persiga un similar efecto. Cfr., F. BENAITI, *Clausole di esonerazione da responsabilità*, cit., pg. 403 ss.

<sup>26</sup> Cfr., G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonerazione da responsabilità art. 1228-1229, cit.*, pg. 184.

<sup>27</sup> Cfr., M. GARCÍA, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, cit., pg. 38. A. D'ALTELLA, *Validità ed effetti delle clausole esonerative da responsabilità*, Napoli, 1937, pg. 90 ss.

<sup>28</sup> Cfr., G. VINEY - P. DURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pg. 348.

transportadores no pudieran ofrecer sus servicios en mejores condiciones, sino que tampoco permitió, por los costos a los productores nacionales, vender sus productos a un precio competente en el mercado internacional.<sup>29</sup>

Para el acreedor (consumidor) la ventaja está constituida por el hecho que las cláusulas son un factor de reducción de precios de los productos o servicios que a él se ofrecen. En efecto, la irresponsabilidad parcial o total se compra, de este modo el acreedor podrá escoger entre una de dos tarifas sobre un producto o servicio: una primera, a costo elevado pero con responsabilidad integral; o una segunda, a precio reducido pero con responsabilidad limitada;<sup>30</sup> teniendo en ambos casos la alternativa de asegurarse contra los riesgos del incumplimiento del deudor mediante un seguro de responsabilidad civil.

Sin embargo, existe para el acreedor (consumidor) una desventaja, consistente en el deber de soportar la totalidad o parte del daño sin una medida que lo proteja de manera eficaz o que lo compense frente a ciertas reacciones inversas.<sup>31</sup>

En materia de contratos, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se preocupan por proteger a las víctimas de los daños. En tema de contratos entre partes desiguales la preocupación es mayor. Por ejemplo, en los contratos con el consumidor se suelen presentar abusos de parte del productor, quien establece en las condiciones generales del contrato cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. En el tema de contratos entre partes iguales, la preocupación deriva de impedir, con el uso de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, un ataque al derecho de la competencia, pues aunque los contratos estándar suelen ser bastante equilibrados, muchas veces, dichas cláusulas suelen colocarse en letras microscópicas, o en afiches de difícil acceso para la otra parte quien las deberá aceptar cuando de contratos por adhesión se trata.<sup>32</sup>

Toda esta situación genera problemas de aceptación de las cláusulas, y en consecuencia, coloca en tela de juicio la buena fe contractual que debe regir toda relación negocial.

<sup>29</sup> Fue en materia de transporte marítimo de mercancías donde tuvieron en el mundo moderno su origen las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, a finales de la última década del siglo XIX para luego expandirse al tráfico internacional. Cf., A. LEFEBVRE. *La discipline conventionnelle della responsabilità del vettore marittimo*, Roma, 1939. Pero venían siendo usadas en modo válido desde el derecho romano, aunque sometidas al límite del *doctus, D(11, 17, 3)*. Cf., M. GARCÍA. *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Op. cit., pg. 31.

<sup>30</sup> Cf., B. STARCK. *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*. Op. cit., pg. 32.

<sup>31</sup> Como ocurriría en el evento donde las cláusulas puedan resultar pégnoras a consecuencia de ser impuestas por el deudor (productor, empresario profesional), quien las elaboró a su favor e incluyó en el contrato en abuso de una posición fuerte y sin una real posibilidad de discusión para el acreedor (parte débil), a fin no solo de eliminar o disminuir el grado de responsabilidad, sino de llegar al punto de favorecer una actitud negligente de su parte que lo invita a la impencia o negligencia en la ejecución del contrato, a causa de resultar beneficiario de una irresponsabilidad total o parcial.

<sup>32</sup> Se critica la deficiencia del control estrictamente formal que el mismo *codice civile* italiano consagra en los artículos 1341 y 1342, consistente en una segunda firma además de la inicial del contrato, como requisito de validez de la cláusula de exoneración o limitación. Control que en la realidad no constituye ninguna garantía para el equilibrio contractual. Cf., G. DE NOVA. *Le condizioni generali di contratto*. En: *Trattato di diritto privato*, dirigido por Rescigno P., Torino, 1986, X, 112. L. CABELLA PISU. *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, cit., 293.

Pero aun en medio de las posiciones a favor o en contra, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se vienen desarrollando en el mundo moderno bajo regímenes de responsabilidad cada vez más rigurosos, constituidos por presunciones de culpa o por responsabilidad objetiva, pues se está ante un desarrollo tecnológico que trae consigo nuevos riesgos y nuevos daños. Esta realidad muestra la necesidad urgente de nuevas normas que adapten la validez de las cláusulas a la realidad actual.<sup>33</sup>

Obtener un equilibrio entre las ventajas y los inconvenientes de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad contractual, es labor de la jurisprudencia, de aquí la importancia de saber cuál es el régimen general aplicable, a fin de establecer luego, el tipo de control al cual someter su validez.

## 2. Régimen de la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad contractual

En Francia, dada la ausencia de una norma general expresa que establezca los límites a la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad,<sup>34</sup> o de una norma que de igual modo las prohíba, se presenta una legislación fragmentaria y llena de soluciones dispares, donde se establece sólo por razones de orden público, un límite especial a la validez de las cláusulas, circunscrito a la normativa de un contrato específico. En efecto, para algunos contratos, las cláusulas resultan prohibidas mientras que para otros válidas. Será por tanto ante esta situación donde, principalmente y con objeto de establecer un régimen común, la jurisprudencia debe llenar las lagunas dejadas por la ley, a tal fin, se basa en las normas generales del derecho de las obligaciones y los contratos, que le permiten establecer el principio general de interpretación por el cual se rija su validez junto con sus límites generales, adicionales y especiales.

En países con legislación expresa como Italia, el artículo 1229 del *codice civile* establece la regla general de la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, esta disposición otorga un mismo tratamiento sea a las cláusulas de exoneración que a aquellas de limitación de responsabilidad y somete

<sup>33</sup> Problema común a los derechos racionales de los países miembros de la Unión Europea, manifestado con el Reg. CE n. 2027/97 en DOCE n. L. 255 del 17.10.1997, 1 ss. Modificado por el Reg. CE n. 859/2002 Reg. CE n. 889/2002 en DOCE n. L. 140 del 30.5.2002, 2 ss. Sobre transporte aéreo, la Dir CE 93/13 del 5.4.1993 en DOCE n. L. 95 del 21.4.1993, 29 a 34. Sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Sobre cláusulas abusivas y la Dir CE 99/44, del 25.5.1999 en DOCE n. L. 171 del 7.7.1999, pp.12 - 16. Sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo.

Normas que establecen prohibiciones imperativas en materia de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad para el transporte aéreo y presunciones de abusividad de las mencionadas cláusulas, en los contratos del consumidor, sancionadas con la nulidad.

<sup>34</sup> Caso similar ocurre en España y Colombia donde, por interpretación de varias normas y a falta de normativa precisa y clara, se reconoce la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, con fundamento en el principio de la autonomía privada. Cfr. L. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1993, vol. II, 4 ed. pp. 615 ss. N. ALVAREZ, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Op. cit., parson. M. GARCÍA, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Op. cit., parson. V. Código Civil español (artículos 1102, 1104, 1255, 1256 y 1476).

Para el derecho colombiano. Cfr. J. TAMAYO, *De la responsabilidad civil*, Bogotá, 1999, IV, pp.197 - 210. O. USUAGA, *Teoría de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, Bogotá, 1992, 53 - 71. A. PEREZ, *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1954, II, pp. 41 - 47. C. BARRERA, *Cláusulas de exoneración de responsabilidad*, En *Del daño*, Bogotá, 2001, pp. 369 ss. A. VALENZUELA, *Derecho civil, de las obligaciones*, Bogotá, 1986, III, pp. 361 - 368. J. SUESCUN, *Derecho privado*, Bogotá, 1996, I, pp. 485 ss. C. VARGAS, *Aspectos contractuales de la responsabilidad contractual*, En *Universitas*, Bogotá, 2001, n 101, pp. 483 - 489.

su validez a la condición que el incumplimiento no se derive de una conducta cometida con dolo, culpa grave o en violación de una norma de orden público.<sup>36</sup> Este régimen se aplica en común a los pactos de exoneración y limitación de responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares.<sup>37</sup>

Dicha regla general (artículo 1229), debe ser interpretada en concordancia con los límites especiales que, con carácter adicional, establece la legislación italiana para ciertos contratos en particular y para otros donde se tiene en cuenta la calidad de las partes. Normas especiales, establecidas por motivos de orden público y con carácter imperativo, que podrán complementar, modificar o derogar, la regla general.

Tal es la situación en los contratos por adhesión, donde uno de los contratantes predispone las condiciones generales del contrato, e incluye a su favor cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, estas cláusulas para que sean eficaces necesitan de un requisito adicional (artículo 1341 del *codice civile*) que consiste en la aprobación expresa y por escrito de la contraparte, mediante una firma específica en el contrato. Como puede observarse, con esta norma trata de protegerse a la parte débil, frente a aquellas cláusulas que pueden resultar abusivas en su contra, sin embargo, en la práctica este requisito de la doble firma ha resultado solo una protección formal y no real, a consecuencia del abuso de la posición dominante por parte del contratante fuerte. Por tanto, este control formal al parecer resulta solo útil al celebrarse contratos estándar, por módulos, formularios, o de adhesión, con clientes que sean de una cierta importancia para la parte fuerte, pues solo en este caso se hará necesaria la negociación.

Otro caso lo constituye la presunción de abusividad establecida frente a contratos con el consumidor<sup>38</sup> (artículo 1469 *bis* y ss del *codice civile*), donde se consideran abusivas y sancionan con ineficacia, aquellas cláusulas que no obstante la buena fe, determinen frente al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivadas del contrato. Esta presunción se podrá desvirtuar si se prueba que la cláusula ha sido objeto de negociación individual o reproduce normas de ley, o es reproductiva de disposiciones o actuaciones de principios contenidos en convenciones internacionales de los cuales hacen parte los estados de la Unión Europea. Es notable como, en apoyo a este régimen y dentro de este mismo

<sup>36</sup> El artículo 1229 del *codice civile* establece: "Cláusulas de exoneración de responsabilidad. Es nulo cualquier pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo o por culpa grave."

Es nulo también cualquier pacto preventivo de exoneración o de limitación de responsabilidad por los daños en el cual el hecho del deudor o de sus auxiliares constituya violación de obligaciones que derivan de normas de orden público". (Traducción del autor)

<sup>37</sup> Norma que no es muy clara al respecto de su aplicación a la conducta de los auxiliares, sin embargo, su interpretación es extensiva en concordancia con el artículo 1228, de donde se desprende que el auxiliar es parte de la organización puesta por el empresario para la ejecución del contrato, es decir, es un instrumento de él. Por ello, un pacto de irresponsabilidad del deudor por daños producidos por sus auxiliares con dolo o culpa grave sería contra la satisfacción del deudor y contrario al artículo 1229, que se refiere expresamente a la nulidad del pacto de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, para los casos en que la conducta del deudor es contraria a una norma de orden público. Cf. F. BENATTE, *Cláusula di esonerazione da responsabilità*, cit., 388 y 401. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonerazione da responsabilità art. 1228-1229*, cit., pp. 60 - 63.

<sup>38</sup> Esto es, el contrato celebrado entre una parte no profesional o consumidor con una parte profesional. Dir. CE 93/13. Estos contratos constituyen en la actualidad un vasto dominio del terreno de los contratos, como en la prestación de servicios. Es decir, estamos en presencia de un consumidor de bienes y servicios, dentro de una tipología de contratos concluidos entre profesionales de una parte, frente a otra constituida por los no profesionales o consumidores, que normalmente operan dentro de los contratos de adhesión.

tipo de contratos, se ha consagrado la ineficacia de la cláusula de exoneración y limitación de la responsabilidad del profesional por daño a la persona.<sup>38</sup>

Un primer tentativo por reequilibrar el contrato a favor de la parte débil contractual, se había ya realizado en Italia a través de la actuación de la directiva CE 85/374<sup>39</sup> con el D.P.R n. 224 de 1988,<sup>40</sup> sobre la responsabilidad derivada de productos defectuosos, al consagrar (artículo 12) la nulidad de cualquier pacto de limitación o exoneración de responsabilidad. Sin embargo, este régimen se limita a la categoría de productor.<sup>41</sup>

En Francia, de modo similar, con el fin de proteger a la persona de los daños corporales, la ley 98 - 389 de 1998 que agrega al *code civil* el título cuarto *bis* en actuación de la directiva CE 85/374, al regular la responsabilidad del productor derivada de productos defectuosos, sanciona con prohibir y tomar por no escritas las cláusulas que eliminan o limitan la responsabilidad, de los fabricantes y vendedores profesionales, derivada de productos defectuosos que presentan un defecto de seguridad (artículo 1386 - 15).<sup>42</sup>

El tentativo por proteger a la parte débil contra las cláusulas abusivas en los contratos se venía prospectando en Francia a partir de la *loi* n. 78 - 23 del 10 de enero de 1978,<sup>43</sup> esta ley creó un nuevo modo de control, al permitir a la Comisión de Cláusulas Abusivas, calificar de abusivas aquellas cláusulas referidas a la responsabilidad impuestas por los profesionales a los consumidores, en abuso de su posición económica al conferirles una ventaja excesiva<sup>44</sup> (artículo 35).

<sup>38</sup> Cfr., Dir. CE 93/13, (art. 3). *Comp. codice civile* artículo 1469 bis (inc. 1, e inc. 3), numeral 1). 1469 (ter., inc. 2).

<sup>39</sup> V. Art. 12, Dir. CE 85/374 del 25.7.1985 relativa a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, en DOCE n. L 210, del 7. 8. 1985, pp. 29 - 33, rectificada en DOCE n. L 307 de 12.11.1988, pp. 54.

<sup>40</sup> El decreto hace referencia a la responsabilidad extrac contractual. Cfr., G. PONZANELLI, (*Commentario di Art. 12*). En: Responsabilità per danno da prodotti difettosi commentario al d.p.r. n. 224 de 1988 di attuazione della direttiva CEE n. 85/374; bajo dirección de Pardolesi R.- Ponzanelli G., en: *Nuove leg. civ. comm.*, 1989, pp. 636 ss. El mencionado decreto es una norma de carácter supletivo por establecer el *plafond* mínimo de responsabilidad del productor, actúa en complemento de las disposiciones más favorables que para el consumidor se encuentren en el derecho nacional. Cfr., R. PARDOLESI, (*Commentario di Art. 12*). En: Responsabilità per danno da prodotti difettosi commentario al d.p.r. n. 224 de 1988 di attuazione della direttiva CEE n. 85/374; bajo dirección de Pardolesi R.- Ponzanelli G., en: *Nuove leg. civ. comm.*, 1989, pp. 649 ss.

<sup>41</sup> Con un régimen de responsabilidad extensible en caso de falta de individualización del productor, en cabeza del distribuidor.

La ley de actuación de la Dir. CE 93/13, introdujo al *code civile* los artículos 1469 bis y ss, referidos a los contratos con el consumidor, donde se consagra la categoría de profesional y amplia con buen sentido, la categoría referida a la parte fuerte del contrato, figura más amplia que la del simple productor, aunque muchas veces, ambas figuras, suelen coincidir otorga una mayor protección al sujeto débil, en búsqueda de reestablecer el equilibrio contractual. El término profesional es un concepto lo suficiente amplio, del cual hacen parte las personas jurídicas o naturales que ejercen una actividad en modo profesional, e incluye de este modo al productor. Cfr., V. ROPPO, *Claves Abusives*. En: *Enc. jur.*, Roma, 1982, VI.

<sup>42</sup> Cfr., Ch. LARROUMET, *La responsabilité de fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998*, en D. chron., Paris, 1998, 311 ss. Se procura proteger a la persona en su integridad física, es una protección con carácter especial y limitada a este tipo de contratos.

<sup>43</sup> Cfr., D. CARNET, *Reflexions sur Les clauses abusives au sens de la loi n. 78-23 du 10 janvier 1978*. En: RTD, Co., 1982, pp. 1 ss.

<sup>44</sup> El hecho de ser considerada como abusiva, determinará la nulidad de la cláusula. "La Comisión de las Cláusulas Abusivas" es un organismo administrativo compuesto por magistrados, juristas independientes, y representantes de las asociaciones de consumidores y productores. La comisión podrá incluso emitir recomendaciones.

Desafortunadamente esta ley mostró una deficiencia, reflejada en el hecho que para eliminar una cláusula abusiva era necesario un decreto del gobierno que así lo estableciera.<sup>45</sup> Sin embargo, esta deficiencia fue superada con una ley del 5 de enero de 1988, que al conferir competencia directa a la jurisdicción civil, hizo posible un control judicial directo capaz de establecer si una cláusula es o no abusiva, según los criterios de la *loi* 78-23 de 1978, lo cual permitió valorar el carácter de abusividad de la cláusula en manera directa, y eliminarla sin la previa necesidad de un decreto. Con posterioridad, mediante un decreto del 10 de marzo de 1993, se otorga al juez la facultad de poder consultar a la Comisión de Cláusulas Abusivas, sobre el carácter abusivo de una cláusula, no obstante dicho concepto no sea de obligatorio cumplimiento.<sup>46</sup>

En los países miembros de la Unión Europea, surge el temor de una probable distorsión de la competencia profesional o empresarial, a causa de la variada jurisprudencia y legislación referida al control de validez de las cláusulas abusivas. Ante esto, la Unión Europea optó por emitir la directiva CE n. 13/93 sobre cláusulas abusivas que dejó a los estados miembros la elección de los medios para luchar contra este tipo de cláusulas, admitiendo que el control de las mismas se hiciera al interior de cada país, a través de sus tribunales u órganos administrativos (artículo 7).

La directiva CE n. 13/93 no significó un cambio para la ley francesa, que ya venía cumpliendo con los objetivos del texto comunitario. Sin embargo, la *Loi* 95-96 del 1 de febrero de 1995, integra aquellas disposiciones de la directiva comunitaria al *code de la consommation* (artículo L. 132 - 1), el cual mantiene la posibilidad de que el gobierno por medio de decreto establezca ciertas cláusulas como abusivas, previo concepto de la Comisión de las Cláusulas Abusivas, y, aunque no hace referencia al control directo ejercido por parte del juez, la posición mayoritaria sostiene que este se debe seguir ejerciendo, con fundamento en la directiva CE n. 13/ 93 (artículo 7).<sup>47</sup> El *code de la consommation* (artículo L. 132 - 1) al consagrar los criterios para considerar unas cláusulas abusivas, establece como no escritas las cláusulas que revelen un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.<sup>48</sup> A este régimen se someten las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad<sup>49</sup> el cual además otorga similares efectos a ambos tipos de cláusulas de reparación.

<sup>45</sup> El artículo 35 de la *loi* 78 -23 de 1978, establece que en los contratos concluidos entre profesionales y no profesionales o consumidores podrán ser prohibidas, limitadas o reglamentadas por decreto, las cláusulas referidas a la responsabilidad, impuestas por un abuso de la posición económica del profesional y que confieran a este una ventaja excesiva. Cf. AYNES, L. *Droit français*. Op. cit., pg. 14

<sup>46</sup> Cf. G. VINEY.- P. JOURDAIN. *Les effets de la responsabilité*. Op. cit., pg. 368.

<sup>47</sup> En apoyo a esto en Italia el *codice civile* (artículo 1469 *tertio*) permite al juez un control directo sobre la cláusula abusiva.

<sup>48</sup> La ley 95-96 de 1995 mantuvo la posición por la cual las cláusulas abusivas se reputan como no escritas, permaneciendo el contrato del resto aplicable. Situación similar a la consagrada en Italia en el *codice civile* (artículo 1469 *quinto*, inciso 1).

<sup>49</sup> El artículo L. 132 - 1 en un anexo consagra un listado no exhaustivo, donde se establecen las cláusulas que pueden ser catalogadas de abusivas, entre ellas, menciona las disposiciones contractuales por las cuales los profesionales se exoneran o limitan su responsabilidad. Sin embargo, no parece que un cambio de formulación modifique en modo sensible la noción de cláusula abusiva. A diferencia de la ley de 1978, la ley 95-96 del 1 de febrero de 1995 no trae un listado de cláusulas de modo que, el criterio para determinar una cláusula abusiva será la violación a los principios de esta última ley.

Dado lo anterior, se plantea una interrogante frente al vacío que dejó la *loi* 95-96 de 1995, referido a si se deben someter al control de abusividad las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad que son reproductivas de reglamentos o disposiciones legislativas de convenciones internacionales de que hacen parte los estados miembros de la Unión Europea, para la Comisión de Cláusulas Abusivas, dichas cláusulas deben someterse al control de abusividad. Posición opuesta a aquella italiana, donde expresamente el *codice civile* (artículo 1469 *ter*, inciso 3) establece que están por fuera del control de abusividad, las cláusulas que reproducen reglamentos o disposiciones legislativas de convenciones internacionales de que hacen parte los estados miembros, y, en consecuencia, no serán abusivas.<sup>20</sup>

Las principales problemáticas se presentan hoy en los contratos celebrados entre partes en condiciones desiguales, en particular, frente a los contratos celebrados por módulos o formularios sea de modo estándar o por adhesión, donde la parte más fuerte desde el punto de vista económico, impone las condiciones generales del contrato. Generalmente se trata de contratos establecidos entre la parte profesional de una actividad específica, por ejemplo, un productor (parte fuerte), y otra parte, constituida la mayoría de las veces, por un consumidor de bienes y servicios (parte débil), entendido este último como persona natural, quien en realidad no tiene mayor opción que aceptar o dejar el contrato. La preocupación resulta de procurar restablecer el equilibrio contractual, alterado por los abusos que suele cometer la parte fuerte, sobre la parte débil, abusos que en cambio no se presenta cuando se está ante contratos entre partes iguales o con la misma importancia económica, por ejemplo, entre empresas de la misma importancia.

No obstante lo anterior, tanto en Italia como en Francia, la doctrina se muestra preocupada frente a casos de contratos celebrados entre una empresa como parte fuerte y otra empresa que, aunque no sea consumidor, sea relativamente débil, ¿cómo reequilibrar este contrato? Al parecer en este caso, el espíritu es muy distinto al que puede presentarse en un contrato celebrado entre una empresa que ejerce una actividad profesional de una parte y un consumidor como persona natural de la otra parte.<sup>21</sup> En efecto, el lucro que se deriva del comercio, como actividad ejercida por personas con calidad de empresa o profesionales en general, implica en sí misma, ciertos riesgos, que deberán ser asumidos, por quien se dedica de modo profesional a esa actividad económica.<sup>22</sup> Por otra parte, las partes procuran que los contratos entre empresas, debido a la presencia misma de un cliente, llamado "empresa" y quien goza de una relativa importancia, vengan en su mayoría equilibrados.<sup>23</sup> Esta

<sup>20</sup> No obstante haberse consagrado por la directiva CE 1393 como una excepción a dicho control de abusividad, esta no se aplica en Francia.

<sup>21</sup> Cf., E. RAWACH, *Observations sur la nature de clauses exonératoires de responsabilité selon les principes du droit*, en D. Afc. Paris, 1989, 1236.

<sup>22</sup> No obstante puedan presentarse en la práctica algunos riesgos, por ejemplo: (A) empresa productora de determinado bien, lo entrega a (B) empresa que ejerce una actividad distributiva, y que responde a (C), consumidor final al comprarle un bien que venía dañado o presentaba un defecto de fabricación de la empresa (A). Luego de (B) responder al consumidor final por el bien dañado, distribuido por ella, (B) encuentra unrcado o disminuido su derecho al reembolso, al cual tendría derecho por la reparación otorgada a (C) al encontrarlo en el comercio, pasada una cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad hecha por el productor (A) y aceptada por el distribuidor (B), por la cual (A) no responderá al distribuidor (B) por los productos defectuosos.

<sup>23</sup> Todo indica que este último evento sería solucionable por la jurisprudencia de *marem perfecta* en aplicación de la regla general, que constituye el principio a aplicar en presencia de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad para cada país. Nada se opone a que la jurisprudencia por vía interpretativa, procure llenar los vacíos dejados por la ley, función esta que, entre otras, constituye una de sus labores esenciales. Cf., R. CARRILLAC, *Introduction générale au droit*, Paris, 2001, pp. 127 ss.

última tendencia viene confirmada, con la posición mantenida por las legislaciones italiana y francesa, que al momento de incorporar a sus derechos nacionales la directiva CE n. 13/93, protegen al consumidor como sujeto, vulnerable al desequilibrio contractual frente a un contrato celebrado con un profesional. Esta protección consiste en establecer una presunción legal a favor del consumidor, la cual consiste en considerar como abusivas las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad del profesional, en los contratos con el consumidor.<sup>54</sup> Se trata de un control adicional a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad a fin de restablecer el equilibrio contractual. Es una protección que favorece solo al sujeto que cumpla con dicha calidad subjetiva de consumidor, de la cual se excluye al contratante profesional o al sujeto que no integre tal calidad.<sup>55</sup>

Esta posición no obstante ser acertada, muestra con claridad, no solo la necesidad de una norma que establezca el régimen general de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, con los límites dentro de los cuales su validez es permitida. Sino también la necesidad de un límite adicional que permita, de modo efectivo, un control de resultar dichas cláusulas abusivas por su falta de negociación a fin de establecer su invalidez cuando, no obstante la buena fe con una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, se determine un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes.

Ambas legislaciones, francesa e italiana, para considerar una cláusula como abusiva hacen referencia a un desequilibrio de carácter normativo y no económico. Esta aclaración resulta esencial, pues es posible que un desequilibrio de carácter normativo, pueda coincidir con uno económico, pero no siempre un desequilibrio de carácter económico, genera uno normativo. De esta manera el criterio que en realidad determina el desequilibrio contractual, es el desequilibrio de las prestaciones de las partes contratantes, esto es, el desequilibrio normativo, el cual en todo caso debe

<sup>54</sup> De considerarse abusiva una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, esta será sancionada con invalidez.

<sup>55</sup> Sin embargo, al consagrarse la protección adicional para el consumidor frente al profesional, surge la preocupación en doctrina sobre el alcance que se debe dar a las nociones "profesional" y "consumidor". Sobre cómo definir dichos conceptos, se pregunta ¿cabe una interpretación extensiva? o por el contrario ¿cabe una interpretación restrictiva?, por el momento, tanto en Italia como en Francia se ha optado, con apoyo en la jurisprudencia, por una interpretación restrictiva del concepto consumidor (o no profesional), a quien se aplica la protección contra las cláusulas abusivas, en los contratos donde él tiene parte; mientras que, para los demás contratos con cláusulas abusivas, donde no opera la presunción, se aplicará la teoría general de las obligaciones y la regla general que establece el régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Se podrá hacer uso según la teoría general de las obligaciones de conceptos como: orden público, dolo, culpa grave, abuso del derecho, buena fe contractual, obligación esencial, y de las normas para las condiciones generales del contrato o como manifiesta G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*. Op. cit., pg. 373, inclusive los conceptos de lesión y la teoría de la causa. Sin embargo, recurrir al concepto de causa no parece ser el más acertado, por su carácter de étéreo. Esta es una de las mayores críticas que se hace por parte de la doctrina a la jurisprudencia francesa, a consecuencia que en el señalado caso Chronopost se consideró como límite de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, la obligación esencial, colocando la causa, de forma no muy acertada, como uno de sus fundamentos. Cfr. Cass. com., 22 octubre 1996 en Bull. civ. IV, n.261, pg. 223.

La interpretación restrictiva del concepto de consumidor es acogida por la jurisprudencia, incluso para usuarios de servicios. Trib. Palermo, 7 abril 1998, en Foro. it., 1998, I, 1624 con obs., de LENER. En *Contratti*, 1998, pg. 344 con nota de MAFFEIS. Cfr. L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*. Op. cit., pg. 450 G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*. Op. cit., pg. 372. V. ROPPO, *Clusole abusive*. En Enc. giur., Roma, 1988, VI. Aunque también se presentan preocupaciones con relación al concepto de profesional, que incluye al libre profesional, pero que algunas veces tal inclusión aparece injusta.

ser significativo, es decir, cuando ocasiona una desventaja irracional, desproporcionada o importante.<sup>56</sup>

La teoría del desequilibrio contractual, ha originado en Francia una revolucionaria tendencia que surge con la famosa sentencia del caso *Chronopost* del 22 octubre de 1996,<sup>57</sup> donde se sostuvo que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad no son válidas cuando el deudor pretenda exonerarse o limitar la responsabilidad derivada de una obligación esencial del contrato, de este modo la obligación esencial, para la jurisprudencia francesa, constituye un límite adicional al cual someter la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad. A pesar de no existir aún una posición unívoca, dicho límite, no obstante ser de creación jurisprudencial,<sup>58</sup> parece adecuado pues favorece el control de los abusos que se podrían presentar con el reconocimiento incondicional de la validez de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad, pues garantiza el equilibrio contractual, con fundamento en la buena fe. Este control ha entrado a formar parte de la regla general que rige en Francia para el sistema de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, apoyando los indiscutibles

<sup>56</sup> Cfr., V. RIZZO, *Cláusulas generales de contrato e vessatoriari*. En: *Cláusulas abusive e direttiva comunitaria*, bajo dirección de Ceslro E. Padova, 2001, pp. 46 y ss, quien propone como uno de los criterios a interpretar el desequilibrio significativo la buena fe. DI MESOM, *Cláusulas vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*. En: *Cláusulas abusive e direttiva comunitaria*, bajo dirección de Ceslro E. Padova, 2001, pp. 56, al sostener la teoría del desequilibrio jurídico. En efecto, una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad contrario a la buena fe, provoca un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

<sup>57</sup> El caso trata de un usuario que necesita enviar en tiempo breve y eficaz una documentación para una adjudicación en un concurso. A este fin, se valió de los servicios de un especialista del transporte rápido (*société Chronopost*) que garantiza la confianza y velocidad de la entrega a destino en un tiempo determinado. Como consecuencia del retardo de la sociedad Chronopost en la entrega, el usuario del servicio pierde la oportunidad. El *carrier* alega que existía una cláusula de exoneración, por la cual, responde en caso de retardo solo por el valor del envío, o en todo caso, hasta el monto de su valor declarado. La Corte de Casación francesa decide que la sociedad incórra su obligación esencial y por tanto la condena argumentando que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad no son válidas cuando el deudor pretenda exonerarse de la responsabilidad derivada de una obligación esencial del contrato, como lo es en este caso particular, la entrega en tiempo de forma rápida y urgente de los documentos al destinatario a un costo más elevado. En consecuencia, toma por no escrita la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad. Sobre los fundamentos de esta decisión la doctrina se ve encontrada. Cfr. Cass. com., 22 octubre 1996, en *Contrats avec consom.* n. 24 obs de LEVENEUR. En, D.1997, pp. 121 con nota de SÉRIAUX. En, *Soc. com.*, 175 con obs de DELEBECQUE. En *Définitois*, 1997, pp. 333 con obs de MAZEAUD. En, J.C.P. 1997, I, 4025 con obs de VINEY. En, J.C.P. 1997, I, 4002 n. 1 con obs de FABRE-MAGNAN. En, J.C.P. 1998, I, 152 con obs de CHAZAL. En, D. 1996, IR 256. En, RTD civ., 1997, no. 413, con obs de MESTRE. En, J.C.P. 1997, II, 22881, con nota de COHEN. En, *Grands arrêts* n. 156. En, *Bull. civ.*, IV, n.261, pp. 223. Semencia que ha dado mucho de que hablar generará un estudio del tema de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, cfr., CH LARROUMET, *Obligación essentielle et clause limitative de responsabilité*. En D. chron, Paris, 1997, pp. 145 ss.

<sup>58</sup> Cfr., P. DELEBECQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*. Op. cit., pp. 374 - 379. El equilibrio contractual debe obedecer a una idea de proporcionalidad. Cass. civ. I, 18 janvier 1984, en RTD civ., 1984, pp. 727, obs HUET.

La noción de obligación esencial presenta dos corrientes: una primera, por la cual se podrá considerar una obligación como esencial por dos razones: (1) por su naturaleza, es decir, por el lugar determinante que ocupe en el contrato; o (2) cuando se ha dado la calidad de esencial según la importancia particular de una obligación incluso accesoria para las partes del contrato. Cass. civ. I, 2 diciembre 1997, en JCP 1998 I, pp. 144 obs Vissé. Esta primera corriente es criticable al colocar la importancia del concepto de obligación esencial de manera imprecisa y maleable, pudiendo prestarse a manipulaciones, y colocar la vitalidad de la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad en una posición de fragilidad a consecuencia de considerar de este modo el concepto de obligación esencial en un problema de coherencia interna del contrato, pero que se ha criticado por usar como fundamento de su posición la teoría de la causa del *caso civil* (artículo 1131). Pero para evitar el intervencionismo judicial a fin de neutralizar una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, se deberá analizar el pacto de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad referido a una obligación esencial como un hecho grave o doloso.

límites legales a la validez de las cláusulas, como son el dolo, la culpa grave<sup>59</sup> y el orden público.

Se ha sostenido que nada se opone a que el régimen aplicable a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en materia de contratación privada nacional e internacional, sea aplicables a los contratos de la administración pública.<sup>60</sup>

Como se observa, países con realidades diferentes frente a una similar problemática, dan soluciones muy próximas entre sí, estableciendo reglas comunes al principio general de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, como aquella que prohíbe al deudor exonerar o limitar la responsabilidad derivada de su incumplimiento o del de sus auxiliares, cuando este es derivado de una conducta cometida con dolo,<sup>61</sup> culpa grave, o contra el orden público.<sup>62</sup> También al consagrar en común como límite a la validez de las cláusulas, las normas de orden público que prohíben su pacto en ciertos casos particulares.

### III. LAS PROHIBICIONES LEGALES EN CASOS PARTICULARES, NO AFECTAN LA VITALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN Y LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

El principio general de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad está limitado, pues se toman como no válidas en aquellos casos donde el responsable o deudor, beneficiario de la cláusula, ha incumplido como consecuencia de una conducta derivada de dolo, culpa grave,<sup>63</sup> o contraria al orden público.<sup>64</sup> Este principio debe interpretarse acorde con las reglamentaciones especiales que el moderno derecho de los contratos ha establecido para las cláusulas abusivas

<sup>58</sup> El equilibrio contractual se alterará en modo significativo por un incumplimiento derivado de una conducta cometida con dolo o culpa grave. Corte Cost., 20 diciembre 1988, n. 1104, en Foro. it., 1989, I, 1008 con nota de MAZZIA. Sobre el equilibrio Contr. Stato, sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 842, en Foro. it., 1993, III, 147 con nota de MAZZIA.

<sup>59</sup> Sea aplicado el artículo 1229 del *codice civile* a fin de evitar el desequilibrio de los intereses de las partes en el servicio de correos italianos Corte Cost. 30 diciembre 1997, n. 463, en Foro it., 1998, I, 682 con nota de COSENTINO, y para un caso donde hubo dolo del dependiente Corte Cost. 28 febbraio 1992, n. 74, en Foro it., 1992, I, 1354 con nota de COSENTINO, y de reciente Corte Cost. 21 gennaio 1999, n. 4, en Foro it., 1999, I, 402. Corte Cost. 30 giugno 2002, n. 254, en Foro it., 2002, I, 2209. Cf., L. CABELLA PISU. *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*. Op. cit., pg. 439. D. MEMMO. *Il diritto privato nei contratti della pubblica amministrazione*. Padova, 1999.

El Consejo de Estado francés ha aplicado la normativa de las cláusulas abusivas como control de validez a las cláusulas impuestas por la administración Cf., J. AMAR. *De l'application de la réglementation des clauses abusives aux services publics: à propos de l'arrêt Société des eaux du nord rendu par le conseil d'État le 11 juillet 2001*. En D., 2001, ch., 2810. P. DELEBECQUE - D. MAZEAUD. *Les clauses de responsabilité*. En Les sanctions de l'insécurité des obligations contractuelles, bajo dirección de FERRARI M. - VIOU G., Bruselas - Paris, 2001, pg. 361.

<sup>61</sup> Se sostiene que en un servicio de correos, se podrá el deudor exonerar de responsabilidad a través de una cláusula de responsabilidad, salvo, la dolosa sustracción de los auxiliares. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 74, en Foro. it., 1992, I, 1354 con nota de PARDOLESI y COSENTINO.

<sup>62</sup> Cláusulas pactadas por el contratante fuerte en contra del acreedor (parte débil) al no dejarle una clara opción de negociación. V. *Infra*, n. 21, pg. 17.

<sup>63</sup> Muchas veces se ha asimilado en la práctica el dolo a la culpa grave por la dificultad de establecerse el aspecto subjetivo en la práctica. v. Cass com., 13 nov. 1998 en Bull. Civ. IV, n. 312, 9 mai 1990, en Bull. civ. IV, n. 142. Cf., F. TERRÉ - P. SIMLER - V. LEQUETTE. *Droit civil, Les obligations*. Op. cit., pg. 593.

<sup>64</sup> Este principio es también aplicable cuando se pactan cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad del deudor por el hecho de sus auxiliares.

y en protección a la parte débil de los contratos con el consumidor.<sup>65</sup> Del mismo modo, debe interpretarse en concordancia con la prohibición legal, establecida por razones de orden público, que rechaza la validez de las cláusulas de modo restrictivo para ciertos tipos de contratos,<sup>66</sup> norma especial que complementa o deroga la regla general de la validez de principio de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.

En la realidad práctica, es frecuente el uso de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, de ahí, la necesidad de establecer con certeza un principio común con límites de validez claros, que permita un control capaz de evitar abusos y situaciones de desequilibrio contractual. Este tipo de pactos se suelen utilizar por ejemplo, en los contratos de transporte de mercancías cuando se establece una suma como límite a la indemnización por cada kilo de peso bruto de mercancías, perdido o averiado; en los contratos de parqueadero cuando se establece una cláusula de exoneración de responsabilidad o una de delimitación del objeto de la obligación a fin de no responder por los robos de mercancías dejados dentro de los vehículos o por accidentes ocurridos en el garaje.

El hecho de que existan límites a las cláusulas de exoneración no significa que no sean válidas. En efecto, la "validez" de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, está consagrado y reafirmado a nivel internacional en los tres principales proyectos de armonización del derecho de los contratos.<sup>67</sup> Por una parte, en los Principios para la Unificación de los Contratos UNIDROIT aplicables a todo tipo de contrato de comercio internacional, (artículo 7.1.6)<sup>68</sup> donde se unifica bajo un mismo vocablo "*cláusulas exoneratorias*", las cláusulas de exoneración y las cláusulas de limitación de responsabilidad, similar a como lo hacen Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos PEC<sup>69</sup> (artículo 8:109) bajo el vocablo "*cláusula de exclusión o limitación de las tutelas*",<sup>70</sup> pero que a diferencia de UNIDROIT, aquellos se

<sup>65</sup> V. *infra*, n. 1.2, pg. 8.

<sup>66</sup> Es el caso, entre otros, de los contratos de hospedaje para el caso italiano y francés. En ámbito comunitario, la venta con el consumidor de bienes muebles Dir. CE 44/99, los contratos con el consumidor Dir. CE 93/13, y de aquellas normas que establecen un *plafond* mínimo de indemnización, o en materia laboral referidos a las prestaciones sociales de los asalariados. En la legislación internacional, el contrato de transporte de personas Conv. de Montreal de 1998.

<sup>67</sup> Cf., E. CORTES, *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2001, pp. 104 - 111. Sobre el texto de los proyectos comunes de derecho: A) UNIDROIT, B) PEC Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando) y C) Código europeo de los contratos (comisión Gandolfi). Cf., R. SCHULZE - R. ZIMMERMANN, (al cuidado de) *Texti fondamentali di diritto privato europeo*, Milano, 2003, pp. 363 - 544.

<sup>68</sup> Cf., UNIDROIT, *Principles of international commercial contracts*, Roma 1994. Versión española UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma 1995.

<sup>69</sup> Elaborados en la Haya en el año 2000, por La Comisión Europea de Derecho de Contratos, coordinada por Ole Lando. Consagra la existencia de un principio general de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en todos los países miembros de la comunidad europea y busca un punto de equilibrio entre los países miembros del sistema del *civil law* y aquellos pertenecientes al *common law*. Cf., O. LANDO - H. BEALE, *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Hague, 2000; C. CASTRONOVO C., (versión italiana bajo dirección de), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, Milano, 2001.

<sup>70</sup> Un régimen sobre la cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad existe en los diferentes países miembros de la Unión Europea. Sea por norma expresa o por interpretación de otras normas como sucede en Alemania, Italia, España, Austria, Francia, Portugal, Bélgica, Grecia, Holanda e Inglaterra. Cf., C. CASTRONOVO, (versión italiana bajo dirección de) *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I y II*, Milano, 2001, pg. 438.

refieren solo al comercio transfronterizo al interior de la Unión Europea.<sup>75</sup> El proyecto de un Código Europeo de los Contratos (artículo 106), consagra también en modo similar bajo el vocablo “*cláusulas de exoneración y de limitación de responsabilidad*” ambos tipos de cláusulas a efectos de darles un mismo tratamiento.<sup>76</sup> Este proyecto, al igual que los PEC han sido pensados con el objeto de unificar el derecho europeo de los contratos, por los inconvenientes que presenta la inclusión de las directivas europeas al interior del derecho de cada uno de los miembros de la Unión Europea. Cada uno de los apenas mencionados proyectos de armonización, han sometido a un mismo régimen a ambos tipos de cláusulas,<sup>77</sup> reconocen su validez, pero sometiendo a ciertos límites, entre ellos: la buena fe, el equilibrio contractual, la equidad o lealtad negocial, el dolo y la culpa grave.

#### 1. Reafirmación legal de su validez

En la actualidad, la tendencia más que hacer una referencia expresa a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en contratos particulares, es establecer un régimen general de control, que limite la validez de principio del pacto de este tipo de cláusulas. Tal situación se presenta no solo en Italia que lo ha establecido por ley con el *codice civile* (artículo 1229), sino también en Francia, no obstante la carencia de una norma que constituya la regla o principio general que rija el sistema de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Esto sucede, por ejemplo, en la ya mencionada protección adicional que consiste en la presunción de abusividad de la cláusula, en contratos con el consumidor, donde se da importancia al aspecto subjetivo, parte débil, a fin de restablecer el equilibrio contractual.

Por tradición, el principio de la libertad contractual ha sido el fundamento que ha otorgado validez al pacto de cláusulas, según este principio, es posible que las partes modifiquen previamente el régimen de la responsabilidad contractual aplicable en caso de incumplimiento,<sup>78</sup> sin embargo, el abuso puede constituir una amenaza a

<sup>75</sup> Cf., M. VAN DER MERSCH - D. PHILIPPE, *L'incertitude dans les contrats de commerce international*. En: *Les aspects de l'incertitude des obligations contractuelles*, bajo dirección de FORTIS, M., VON G., Bruselas - París, 2001, pp. 727.

<sup>76</sup> Es el proyecto preliminar del Código Europeo de los contratos, realizado por la academia de juristas (privatistas europeos de Pavía, editado en lengua original francés con versiones en italiano, inglés, alemán y español. Ratifican el principio de validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aunque defina estar sometidas a un control de validez, (artículo 2, § y 106). Cf., Académie des privatistes européens, *Code Européen des Contrats*, coordinado por G. GASTOULO avant - projet, 2002, livre I, pp. 114 - 131, 142 - 151, 264 - 286.

<sup>77</sup> Por su similar naturaleza y efectos, a falta de reales diferencias, y por la dificultad práctica que implica su diferenciación, la doctrina propone someter a un mismo régimen las cláusulas de exoneración como a las de limitación de responsabilidad. Propuesta que se ha aceptado en Italia con el artículo 1229 del *codice civile*. Esto permitirá concentrarse en analizar cómo diferenciar una cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad, de una cláusula de delimitación del objeto de la obligación. Este último tipo de cláusulas, en principio, se refieren a la no obligación, al delimitar el objeto del contrato y al desconocer una obligación no genera responsabilidad por dicha obligación. Las cláusulas de exoneración y limitación reconocen la obligación pero exoneran de la responsabilidad como consecuencia del incumplimiento de ella, es decir, recaen sobre el derecho a la reparación. En la práctica, en cambio, resulta difícil, ante casos específicos diferenciarlos, al incidir sobre la responsabilidad según los efectos directos o indirectos que se generan. Por ello, se ha propuesto someter a los mismos controles de validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad toda cláusula que tenga por objeto un efecto similar. Cf., P. DELEBECQUE, *Régime de la signature*, Op. cit. 11. F. BENATTI, *Clause de exonération de responsabilité*, Op. cit. pp. 403 ss.

<sup>78</sup> Esta modificación podrá ser de natura directo indirecta Cf., F. TERRÉ - P. SIMLER - Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Op. cit. pp. 291.

la buena fe, fundamento y fuente de integración de las relaciones contractuales.<sup>75</sup> En efecto, no basta que la cláusula para ser válida sea solo conocida y aceptada por el deudor, a fin de evitar que cláusulas clandestinas le sean impuestas,<sup>76</sup> es además necesario confirmar si estas se encuentran sometidas a otro tipo de control, como por ejemplo, si se requiere de una aprobación escrita del acreedor de la cláusula, o en el contrato de transporte donde en general por razones de orden público aparece su uso prohibido por daño a la persona, o condicionado a respetar determinados límites legales frente a daños de equipaje o mercancías.

No existe una norma general que prohíba las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad. La ley tan solo las priva de validez en ciertos casos particulares o las prohíbe en ciertos contratos.<sup>77</sup> Por ello, la jurisprudencia admite su validez aunque sometida a ciertos límites e interpreta de manera restrictiva aquellas normas que las prohíben.<sup>78</sup>

Existe un límite a la validez de las cláusulas que por razones de orden público no puede ser sustituido por la voluntad de las partes, constituido por el hecho que al deudor no le es posible exonerar o limitar su responsabilidad, si esta deriva de un incumplimiento suyo o de sus auxiliares cometido con dolo, o con una conducta similar como lo será la culpa grave.<sup>79</sup>

La protección de la persona se ha convertido en uno de los objetivos esenciales del derecho contemporáneo,<sup>80</sup> por tanto, la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, también suele depender de la calidad subjetiva de la víctima del daño o del tipo de daño que ella misma sufre, de ahí la preocupación por proteger al asalariado y al consumidor como partes presuntamente inferiores frente al patrono o al profesional que produce o pone en circulación bienes o servicios, a fin de reestablecer el equilibrio contractual, que en estos casos puede resultar fácilmente vulnerado.

La legislación especial referida a algunos contratos, complementa o deroga la regla general sobre la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de

<sup>75</sup> La buena fe sirve para determinar el contenido y modalidad de las prestaciones o de los comportamientos contractualmente debidos o prohibidos. Cf., V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, pp. 493.

<sup>76</sup> Cf., P. DELEBECQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 372 y 389. Donde se sostiene que la lealtad negociada es parte del nuevo orden público contractual. Y que en virtud del artículo 1134 del *code civil*, no se podrá exonerar o limitar la responsabilidad del deudor por un incumplimiento derivado de una conducta cometida con dolo o culpa grave, al ser un atentado a la buena fe que rige los contratos. De la misma manera los tribunales se han mostrado muy sensibles al requisito del conocimiento y la aceptación de la cláusula de reparación, manifestado en el ejercicio de un severo control sobre la existencia del consentimiento de parte de los jueces. Cass. civ., 1, 4 février en D. 1969, pp. 601 con nota de MAZEAUD.

<sup>77</sup> El derecho se inclina hacia el contrato establecido en forma legal *code civil* artículo 1341, de este modo se parte de la fuerza del contrato. No obstante ese es un principio que contiene sus excepciones.

<sup>78</sup> Cf., P. DELEBECQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 351 ss.

<sup>79</sup> Es una posición que ha tenido apoyo en la jurisprudencia y la doctrina. Cf., G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esenzione da responsabilità art. 1228-1229*, Op. cit., 197, L. DELLOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Op. cit., 43 ss. F. TERRÉ - P. SIMLER - Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Op. cit., pp. 599 y 602. P. LE TOURNEAU, - L. CADET, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, 2002, pp. 323.

<sup>80</sup> V. *code civil* (artículo 16), *code de procédure civile* (artículo 1409 quinquies), al establecer que el cuerpo humano no puede ser objeto de un derecho patrimonial, establece un parámetro como la validez de cláusulas de no responsabilidad, en caso de muerte o daño corporal. Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t IV, Paris, 2000, pp. 330.

responsabilidad, prohibiendo su pacto si con ellas se desmejora el régimen de responsabilidad que la ley ha establecido para un contrato en particular, o permitiéndolas con la condición de respetar un *plafond* [límite de indemnización] existente según el régimen legal de responsabilidad para ese contrato. De este modo se asegura una indemnización mínima reparable, por el daño causado a la víctima en su condición de acreedor.

La ley, para ciertos contratos a fin de otorgar una mejor protección en respuesta a la necesidad de reequilibrar las prestaciones de las partes,<sup>81</sup> a consecuencia de la necesidad de una mayor protección para la parte que suele encontrarse en una particular situación de vulnerabilidad frente al abuso de la posición dominante en un particular contrato de adhesión por razones de orden público ha consagrado, con carácter imperativo e inderogable por disposición de las partes, un límite adicional a la validez de las cláusulas, consistente en la prohibición de modo expreso del pacto de cláusulas de reparación, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, prohíbe al hotelero la facultad de exonerar o limitar su responsabilidad, por la pérdida de los objetos dejados en custodia<sup>82</sup>; en el contrato de transporte marítimo y aéreo de pasajeros, donde se consagra la invalidez de la cláusula por la que el transportador pretende exonerar o limitar la responsabilidad derivada de daño a la persona, y la imposibilidad de establecer cláusulas que limiten la responsabilidad del transportador por debajo del *plafond* legal establecido.<sup>83</sup> Otros contratos que han merecido un tratamiento especial por parte del legislador al tratar el régimen de las cláusulas han sido, el de compraventa en lo referido a la garantía de evicción y los vicios ocultos;<sup>84</sup> el de construcción de inmuebles;<sup>85</sup> el de arriendo de habitación;<sup>86</sup> y el contrato de transporte de mercancías.

La prohibición expresa que la ley hace a la libertad de pactar cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual, al interior de la normativa

<sup>81</sup> Esta realidad no puede dar lugar a pensar en una errada imagen de fragilidad del principio según el cual, en uso de la autonomía contractual, las partes pueden establecer válidamente convenciones sobre la reparación. O en una total prohibición al pacto de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aunque si se someten a la condición que la parte afectada los acepte lo que supone que al menos los conoció. Es su validez de principio siempre reafirmada, esto se refleja en la existencia del régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Cfr. P. DELEBECQUE – D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 351.

<sup>82</sup> V., sobre el depósito necesario, *code civil* (artículo 1953). Sobre el depósito en hotel, *code civil* (artículos 1784, 1785 *quater*).

<sup>83</sup> V., *code civil* (artículo 1681, 1683), *code de la navigation* (artículos 409, 412, 413, 414, 424, 948, 944, 952, 953) que hacen evidente como el control a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad por daño a la persona es fundamental en razones de orden público. Mientras que por daño a las cosas, nada se opone a que se establezcan en el contrato cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad por estar en juego simples intereses económicos. En este último caso solo se somerían las cláusulas a controles de validez del artículo 1228, o a los límites de las normas generales de las obligaciones. Comp., a nivel internacional, Conv. de Varsovia de 1929, Conv. de Montreal de 1999, Conv. de Bruselas de 1961, Conv. de Atenas de 1974, Conv. de Ginebra de 1961 (CMR) y Reg. CE n. 2027/97 modificado por el Reg. CE n. 889 (2002).

<sup>84</sup> V., *code civil* (arts 1627, 1643).

<sup>85</sup> Donde por el *code civil* (artículo 1792-5) toda cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad estipulada por el contratador o el arquitecto es reputada no escrita.

<sup>86</sup> Cfr., G. VINEY – P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pp. 353 ss. En derecho español Cfr., N. ALVAREZ, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Op. cit., 287 ss. En Italia de relevante importancia el caso de los contratos de las compañías de seguridad con las entidades bancarias, y el contrato de seguros, Cfr. L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, Op. cit., pp. 438 ss.

de un contrato específico, no es más que una norma especial y de aplicación restrictiva circunscrita solo a contratos particulares.<sup>87</sup>

A efectos de coordinar la disciplina general con aquella específica de los particulares tipos contractuales, se necesita tener en claro que la disciplina especial establecida para un tipo de contrato particular, prima sobre la general, y solo donde se presenten lagunas se resolverán por la aplicación residual de la disciplina general. De este modo cuando se está en presencia de un contrato con una cláusula de exoneración y limitación de responsabilidad, se debe analizar si implícitamente la cláusula cumple con los requisitos generales de validez. Habrá casos en que una norma especial, puede no solo complementar o integrar la regla general de la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, sino también derogarla, al prohibir su pacto en un contrato específico o por cierto tipo de daño,<sup>88</sup> en este último evento se aplicará entonces solo la norma especial, pues no tendría sentido discutir su validez, si ha sido ya prohibida por ley.<sup>89</sup>

Finalmente debe tenerse en cuenta que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad sólo producen efectos entre las partes contratantes y no producen, en principio, ningún tipo de efectos frente a los terceros, es decir, a estos no les podrá perjudicar ni beneficiar.<sup>90</sup>

## 2. Reconocimiento por parte de la jurisprudencia

No solo frente a un sistema con ausencia de una norma que constituya el principio general aplicable al régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se hace necesario que la jurisprudencia señale los parámetros para su clara interpretación, pues así exista una norma general, también resulta necesario que la jurisprudencia señale las directrices útiles para llenar las lagunas dejadas por la ley.

La jurisprudencia italiana anterior al año 1942, no era constante al afrontar el problema de la validez de las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad contractual, el debate era de la misma manera arduo en doctrina, aunque en ambos casos la posición mayoritaria era aquella que reconocía su validez. Esta situación perduró hasta que el legislador italiano, a causa de las dificultades prácticas de su diferenciación, no obstante ser los conceptos de ambas cláusulas diferentes con el *codice civile* de 1942 las engloba bajo la misma norma (artículo 1229). Donde, otorgándoles el mismo tratamiento bajo un mismo régimen de validez que de efectos<sup>91</sup> ocasiona que el debate de la diferenciación conceptual entre ellas dos pierda actualidad

<sup>87</sup> El hecho que existen normas especiales dispersas y referidas a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en algunos tipos de contratos, no obstante ser un método sencillo y práctico en materia de exoneración total, pues, evita discusiones sobre su aplicación para el específico contrato, frente a una simple limitación genera el peligro de no balancear las consecuencias para el acreedor al poderle privar de una contra partida eventual que puede balancear la cesión otorgada. Cfr., G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pp. 350 ss.

<sup>88</sup> Cfr., L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, Op. cit., pp. 452 y ss. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari* *Clausole di esclusione da responsabilità artt. 1228-1229*, Op. cit., pp. 187.

<sup>89</sup> Sobre las excepciones legales a la validez de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, Cfr., P. LE TOURNEAU - L. CADIEU, *Droit de la responsabilité civile*, Op. cit., pp. 326 - 329 y 332 - 333.

<sup>90</sup> Cfr., P. DELIBECQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 389. L. AYNES, *Droit français*, Op. cit., pp. 12. V. *code civil* (artículo 1165).

<sup>91</sup> Cfr., L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, Op. cit., pp. 429.

al tratarse indiferentemente como una sola figura, "cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad" a las que se reconoce plena validez,<sup>92</sup> bajo la condición que con ellas, el deudor no se exonere cuando el incumplimiento propio o de sus auxiliares sea derivado de una conducta cometida con dolo<sup>93</sup> o culpa grave; o sea contraria a una norma de orden público,<sup>94</sup> por ejemplo que atenten contra la integridad física o moral del acreedor o de la tutela de sus relaciones familiares o contra normas que corresponden a exigencias fundamentales de la sociedad.<sup>95</sup> En efecto cuando la cláusula de exoneración se refiere a la responsabilidad por daño a la integridad física de la persona, en este caso se habla de contratos relativos a la persona humana, donde está en juego la seguridad e integridad corporal, como por ejemplo, el contrato de transporte y el contrato suscrito con un profesional médico,<sup>96</sup> donde al ser la integridad de la persona materia de orden público, no se podrá establecer una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad. Se podría pensar en pactar cláusulas por las que simplemente se acondicione el monto de la reparación del perjuicio corporal sufrido, aunque no hay una posición unánime, parece que las cláusulas de reparación se deberán prohibir, a fin de asegurar a los ciudadanos su integridad física,<sup>97</sup> pues es legítimo que la protección a la integridad física de la persona se considere un límite imperativo de orden público a la autonomía contractual, por la cual, se otorga a las partes la libertad de pactar cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.

<sup>92</sup> En la actualidad la tendencia es diferenciar estas cláusulas en su conjunto, de aquellas otras cláusulas que pueden presentarse en la práctica con similar efecto. Ver *infra*, n. 1, pg. 5.

<sup>93</sup> La responsabilidad derivada de dolo y culpa grave constituye un precepto jurídico obligatorio para todos, considerándose una norma imperativa y de orden público. Cass. 24 aprile 1962, n. 818, en *Rivista*, 1963, II, pg. 120, con nota de CASSESE.

<sup>94</sup> Las cláusulas de exoneración del deudor por el hecho de los auxiliares son válidas. Cass. 29 luglio 1975, n. 2038, en *Giust. civ.*, 1975, I, pg. 1854. Pero se les aplicaran los límites de validez que se aplican a las cláusulas de reparación estipuladas por el deudor. Cass. 9 febbraio 1963, n. 209, en *Fam. it.*, 1965, I, pg. 635, con nota de LENER, donde la casación ritiene que la cláusula de exoneración del ente vendedor de un concurso de lotería no puede ser invocada cuando la falta del billete depende del delito de apropiación cometido por su auxiliar. Cass. 10 settembre 1999, n. 9602, in *Danno e resp.*, 1999, pg. 1089.

<sup>95</sup> Se hace referencia a cláusulas por las que se pretende no responder a consecuencia de un incumplimiento derivado de un ilícito penal. Como de aquellas cláusulas de irresponsabilidad en relación con la obligación de dar alimentos y de sostén, y a las obligaciones de custodia de incapaces o de educación de menores. Cf., L. CABELLA PISU, *Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento*, Op. cit., pg. 434.

<sup>96</sup> En materia de actos médicos la invalidez de los pactos que limitan la responsabilidad viene constantemente afirmada, cf., A. GAMBARDI, *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*. En *La responsabilità medica*, Milano 1982, 29. F. CHABAS - J. MAZEAUD - H. Y. L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, obligations*, Paris, 1998, t.II, vol.1, 767. Se sostiene que el derecho a la salud es materia indisponible. Por esta razón no es posible dar validez a una cláusula por la cual un médico conviene con su paciente, que no será responsable de sus errores de diagnóstico o de sus errores operatorios. Al ser la persona intangible e indisponible y estar por fuera del comercio jurídico. Cf., P. ESMEIN, *Médiation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne*. En *Mélanges offerts à Savatier R.*, Paris 1965, pp. 18 ss.; D. MAZEAUD, *Les clauses limitatives de réparation*. En: AA. VV., *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences, actes des journées d'études réunies les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saclay -Maur et la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Paris, 1994, 168. Parece ser la misma razón que inspira la lista anexa al artículo 172-1 del *code de la consommation*, tanto de la lista negra del *code civile* (artículo 1469 quinquies) que establece la nulidad de la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad del profesional por daños a la persona. El fundamento de esta norma parece ser el orden público.

<sup>97</sup> Cf., P. DELIBECQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., 368. De principio la persona humana está fuera del comercio, sin embargo, la cláusula de exoneración no da al deudor la posibilidad de liberar al deudor, ellas tienen sólo por efecto suplir la reparación debida a la víctima. No obstante son muchos los casos en que la ley y la jurisprudencia las prohíben. Cf., P. LETOURNEAU - L. CADIET, *Droit de la responsabilité civile*, Op. cit., pg. 323.

En Francia, la evolución ha sido bastante similar. Dado tanto la ausencia de una norma específica en el *code civil* que constituyera la regla general sobre la validez de principio de dichas cláusulas, como la dispersión de la legislación sobre el tema, para la jurisprudencia no era en un principio muy clara la aceptación de su pacto, sin embargo, hacia mediados del siglo XX y con una confirmada jurisprudencia se ha venido admitiendo con fundamento en la autonomía contractual, la validez de principio del pacto de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, exigiendo además que estas para gozar de plena validez, deban ser aceptadas previamente por las partes<sup>98</sup> al momento de la celebración del contrato, para lo cual será necesario que al momento de la formación del contrato las hayan conocido,<sup>99</sup> importando poco que hayan sido establecidas o no en un contrato de adhesión.<sup>100</sup>

No obstante lo anterior surge la preocupación por el uso corriente de este tipo de cláusulas, por ello, de reciente la jurisprudencia ha hecho uso de la noción de obligación esencial, a efecto de considerar que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad no pueden privar al contrato de su coherencia elemental, es decir, no se puede privar al contrato de la sustancia de su obligación fundamental, por ello se sostiene que una cláusula de exoneración total, en la práctica, solo puede recaer sobre los efectos de una obligación secundaria.<sup>101</sup>

La jurisprudencia de ambos países con fundamento en la buena fe, ha confirmado el límite a la validez, según el cual, el deudor no se puede valer de una cláusula de exoneración o de limitación para disminuir la responsabilidad derivada de una conducta dolosa o de un similar hecho intencional.<sup>102</sup> También excluye la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave de los auxiliares del deudor.<sup>103</sup> Esta es una solución favorable pues las grandes empresas no obstante ser responsables de los medios materiales empleados para el cumplimiento de sus obligaciones y ser en consecuencia responsables de los actos de sus empleados, en algunos casos, pretenden ser exonerados de responsabilidad argumentando una difícil vigilancia.<sup>104</sup> La jurisprudencia además suele aplicar un

<sup>98</sup> Cass. Civ., 1, 31 mai 1983, en Bull. civ., I, pp. 159.

<sup>99</sup> Cass. Com., 24 nov. 1983, en Bull. civ., IV, pp. 322.

<sup>100</sup> Cass. civ., I, 19 janv. 1982, en Bull. civ., I, pp. 29.

<sup>101</sup> Cf., P. DELEBECQUE, *Régime de la réparation*. En: *Juris. clauses civiles code Art 1140 a 1155*, Paris, 1998, fasc. 210, pp. 8.

<sup>102</sup> La buena fe figura entre una de las principales razones de la inclusión de esta prohibición legal en los art. 1229 y 1228 del *code civil*. Cf., G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esonerazione di responsabilità art. 1228-1229*. Op. cit., pp. 150 ss. F. BENATTI, *Clausole di esonerazione di responsabilità*. Op. cit., pp. 398. Criterio que viene usado por la jurisprudencia francesa a un similar fin, Cass. Com., 26 fév. 1985, en Bull. civ., IV, n. 82. Cf., L. AYNES, *Droit français*, cit., II Cass. com., 15 juin 1959, en D., 1960, pp. 97. Esto muestra como ante el vacío de la ley, la jurisprudencia aplica con base en el *code civil* arts. 1382 y 1174 una regla similar a aquella ya establecida en Italia con el *codice civile* (Considera la jurisprudencia francesa un hecho grave exonerar de la responsabilidad derivada del incumplimiento debido a negligencia grave, como también aquella que resulta del incumplimiento de una obligación esencial del contrato).

Sobre este particular desde la época de los romanos ya se hablaba de la equiparación del dolo a la culpa grave, tal equiparación se mantiene en Francia e Italia. Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*. Op. cit., pp. 328. L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*. Op. cit., pp. 56 ss.

<sup>103</sup> Cass. civ., 31 mars 1981 en Bull. civ. I, n. 112, 95, en RTD civ., 1981, 859 obs. de DURRY. Cf., F. TERRÉ - P. SIMLER - Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*. Op. cit., pp. 599.

<sup>104</sup> En tal modo sólo es posible exonerarse por el incumplimiento derivado de culpa leve. Cf., J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*. Op. cit., pp. 328. Incluso si el auxiliar no es responsable por el incumplimiento

límite de validez a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad constituido por el orden público, tal como sucede con la aplicación de una norma de orden público que, para un contrato específico las prohíbe o somete a límites adicionales.<sup>185</sup>

En el campo extracontractual la doctrina se muestra crítica,<sup>186</sup> frente a la constante posición de la jurisprudencia francesa<sup>187</sup> e italiana<sup>188</sup> que sostiene que la responsabilidad extracontractual es de orden público, por tanto, resulta inderogable por disposición de las partes y en consecuencia prohíbe la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aquiliana.

### III. CONCLUSIÓN

En los países donde aún no existe una legislación, que establezca un régimen general referido a la validez de principio de las cláusulas de reparación, nada se opone a que las mismas reglas que constituyen el principio general de la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en Italia (*codice civile*, art 1229), puedan aplicarse a través de la jurisprudencia, con el fin de desarrollar un régimen general, en esta materia.<sup>189</sup>

directamente frente al acreedor, mediante un pacto de irresponsabilidad del deudor por los daños ocasionados por dolo o culpa grave del auxiliar, el acreedor quedaría insatisfecho. Lo cual es contrario a la regla del art 1229 del código civil. Cfr., G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esonero di responsabilità art 1228-1229*, Op. cit. pp. 63.

<sup>185</sup> Sobre una abundante legislación referida a estos casos particulares v., P. LE TOURNEAU, - L. CADIEU, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, 2002, pp. 323 ss. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esonero di responsabilità art 1228-1229*, Op. cit. 213 ss. N. ALVAREZ, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Op. cit., pp. 207 ss. No obstante, estas sometidas las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad contractual a un control de validez, una vez este superado, es indiscutible su validez. Cass. civ. I, 28 jun 1989, en Bull. civ. I, n. 265. Cass. Civ., 5 febrero 1971, n. 280; en *Giur. civ.*, 1971, I, pp. 720 ss.

<sup>186</sup> Entre quienes sostienen la extrema por la cual deberán someterse las cláusulas de exoneración en materia extracontractual a los mismos principios de las cláusulas de exoneración en materia contractual Cfr., G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, Op. cit. pp. 219-244. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esonero di responsabilità art 1228-1229*, Op. cit. pp. 200-201. L. CABELLA PISU, *Le clausole di esonero di responsabilità*, Op. cit. 289 ss. P. DELEBEQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 363. G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pp. 406 y ss. Cfr., P. DELEBEQUE - D. MAZEAUD, *Les clauses de responsabilité*, Op. cit., pp. 363. G. VINEY - P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, Op. cit., pp. 406 y ss., 106 y ss. Con mayor cautela sobre esta admisión, Cfr., F. BENATTI, *Clausole di esonero da responsabilità*, Op. cit., pp. 402. BIANCA C.M. *Dell'assoggettamento delle obbligazioni art 1218-1229*, 2ed. En: *Commentario del codice civile*, bajo dirección de Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, pp. 478.

<sup>187</sup> Cass. civ. 2, 17 février 1955, en *dt.* 1956, 17 con nota de ESMEIN, en *J.C.P.* 1955, II, 8951 con nota de RODIÈRE, en *Grands arrêts*, n. 138, decisión que se fundamenta básicamente en el artículo 1382 del *code civil*.

<sup>188</sup> La jurisprudencia no obstante ser poca al momento de tratar las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en materia extracontractual, en tres casos posteriores al *code civil* de 1942, ha reconocido que los principios aplicables al artículo 1229 sobre cláusulas de exoneración de responsabilidad contractual son aplicables a aquellas cláusulas de exoneración de responsabilidad extracontractual. Cass. civ., 18 maggio 1954, n. 1580, en *Fato n.*, 1955, I, c. 1701, en *Giur. civ.*, 1954, I, 1, 694, en *Giur. civ.*, 1954, I, 1128. Cass. civ., 3 luglio 1968 n. 2240, en *Fato n.*, 1968, I, c. 2446. Trib. Roma, 11 luglio 1979, en *Giur. n.*, 1980, I, 2, pp. 611 ss. Además con el art. 12 del D.P.R. 224 de 1988 al prohibir las cláusulas de exoneración de responsabilidad extracontractual derivada de productos de consumo, genera que la doctrina se muestra crítica frente a la posición según la cual la responsabilidad extracontractual es de orden público. Cfr., G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità*, Op. cit. pp. 2 - 8, 214 - 219.

<sup>189</sup> El derecho comparando entre sus funciones, ayuda a eliminar los incongruas y lagunas del derecho nacional, permitiendo importar en mejor modo los medios de interpretación nacional. Cfr., K. ZWIEGERT - H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1998, I, pp. 22.

Es evidente, por el constante uso contractual de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, la necesidad de que el legislador establezca un régimen general basado en la buena fe que permita reestablecer el equilibrio de las relaciones contractuales, con el objeto de determinar los límites a la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad, a fin de eliminar los vacíos e incertidumbres existentes. Bajo esta perspectiva parece apropiado dejar el régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad a la teoría general de las obligaciones, pero con una norma expresa que regule no sólo su régimen de validez, sino también sus límites.<sup>100</sup>

Recurrir a una norma general de la teoría de las obligaciones, permitiría un efectivo control sobre las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, pues hace posible el uso del concepto de la buena fe contractual, a efecto de controlar los excesos en que se pueda incurrir mediante el uso abusivo de las mismas cláusulas. Del mismo modo la noción de obligación fundamental, serviría como un límite a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad frente a un incumplimiento, derivado de una conducta dolosa, con culpa grave o similar. Incluso se hace necesaria la consagración de una norma, donde se establezca que los principios generales aplicables a la conducta del deudor, también regirán la conducta de sus auxiliares.

También el orden público, puede permitir el restablecimiento del equilibrio contractual con la aplicación de límites al principio de la validez de las cláusulas, como el daño a la persona o la conducta del dependiente que constituye ilícito penal. El orden público asimismo puede manifestarse, dentro de la normativa existente para un específico contrato, con la consagración expresa de normas que las prohíben o que establezcan su invalidez, sancionándolas con la nulidad, o tomándolas por no escritas.

De esta manera, puede permitirse, en modo preventivo, dar claridad tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, al enfrentarse a los actuales problemas que se presentan en países sin una regulación expresa,<sup>101</sup> o en aquellos donde no obstante poseer una norma expresa que constituya la regla general, como régimen aplicable a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, su jurisprudencia aún no se ha ocupado en toda su extensión de estas problemáticas<sup>102</sup>, permitiendo así,

<sup>100</sup> Como lo serían por ejemplo el dolo, la culpa grave y el orden público. Que en aplicación de las normas generales de las obligaciones hacen posible pensar en otros límites como el daño a la persona, en función de la buena fe y el equilibrio contractual, e incluso de la teoría de la obligación esencial. Y hasta en los límites legales imperativos para ciertos contratos.

<sup>101</sup> El código civil colombiano no obstante carecer de una norma que constituya un principio como regla general que rija la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, permite reconocer su validez de principio, al ser posible abrir el régimen de responsabilidad mediante el uso de cláusulas sobre la reparación. Así lo ha entendido la doctrina por interpretación de los artículos 1616 inciso 3, 1604 inciso 4 y 1602 del c.c. sometiendo a un control de validez basado en el equilibrio de las prestaciones, en ausencia de abuso de posición dominante, con honestidad y bajo la exigencia del conocimiento de la cláusula y su aceptación. Cfr. F. HINESTROSA, *Obligaciones*, Bogotá, 2001, t. 55, 201, del mismo autor. *Derecho civil, obligaciones*. Bogotá, 1964, pp.108 ss. Limitaran la validez de principio de las cláusulas de reparación, el orden público, arts 15 y 16 c.c. el dolo y por equiparación a la culpa grave artículos 63, 1518 a 1523 c.c.). Sin desconocer los límites a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad especiales que la ley consagra de modo específico para ciertos contratos en particular, límites que con un carácter de orden público de manera imperativa las prohíben, esto sucede en materia de contratos de transporte aéreo internacional Conv. de Montreal de 1999, en caso de daño a la persona.

<sup>102</sup> El código civil peruano de manera similar al sistema italiano (*código civil* artículo 1229), reconoce de modo expreso la validez general de principio de las cláusulas de reparación. Consagra en el artículo 1328 la regla general que establece los límites generales de validez aplicables a los pactos que establecen cláusulas de exoneración y

con mayores argumentos, someter a juicio, el problema de la validez de aquellas cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad que con un carácter abusivo, determinan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes. Todo ello con el objetivo de que se desarrolle una posición clara de la jurisprudencia a efecto de establecer los lineamientos que permitan un control eficaz de dichas cláusulas, pero sin negar su validez de principio, pues las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, constituyen un límite al principio de la reparación integral, aceptado sin discusión.

Podría también hablarse de un control judicial directo que permita anular las cláusulas abusivas de los contratos,<sup>113</sup> sin embargo, urge la necesidad de establecer por ley, un control general y expreso para este tipo de cláusulas en el amplio dominio de los contratos, el cual reestablecerá el equilibrio contractual perdido.

Serán entonces la jurisprudencia y la doctrina las llamadas a actuar de modo progresivo, con una reinterpretación de la normativa vigente<sup>114</sup> para llenar los vacíos existentes frente a las nuevas problemáticas que abordan el moderno derecho de los contratos.

---

limitación de responsabilidad. Esos límites están constituidos de manera imperativa por el dolo, la culpa grave, y el orden público. Esta norma consagra de manera expresa e imperativa dichos límites de validez, tanto para la conducta del deudor, como para la de sus auxiliares, al referirse en modo expreso, a los terceros de los que el deudor se vale. Norma interesante al señalar, desde un inicio, algunas de las principales problemáticas que se podrían presentar con el pacto de las cláusulas de reparación, como son sus límites, generales de validez y la aplicación de este régimen de responsabilidad al deudor y a sus auxiliares. Norma que se deberá concordar con el artículo 1354 cc, que deja la vía abierta a límites específicos establecidos, por norma imperativa con carácter de orden público; el Numeral V del título preliminar; el artículo 1362 sobre la ejecución de los contratos de buena fe; y el artículo 1398 del c.c. que consagra un límite específico a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, consagrada por la invalidez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los contratos de adhesión. Norma última, que al no prohibir, permitir el pacto de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad entre empresas como partes iguales, parece muy discutible por las repercusiones económicas que para la industria trae una prohibición tan amplia, y más aun en países con economías en pleno proceso de desarrollo, sin embargo no se desmorona la utilidad de esta norma frente a los contratos con consumidores. Nos parece que será una norma que deberá ser revisada con atención. Cfr., D. WIDECOTT, *La responsabilidad civil de los profesionales*. Lima, 2002, 541.

<sup>113</sup> Permitiendo que sea promovido en modo directo ante los tribunales, por parte de los consumidores o de las asociaciones de consumidores y profesionales.

<sup>114</sup> Particular preocupación surge en presencia de contratos por adhesión con cláusulas abusivas, para los cuales el control a la validez de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se hace más severo.