

**APROXIMACIÓN DEL ENTENDIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS DE
INDEMNIDAD EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA COLOMBIANA.**

SANDRA VALERYA ESQUIVEL FRANCIS

Trabajo de Grado



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Especialización en Derecho Comercial

BOGOTÁ D.C.

2017

TABLA DE CONTENIDO

1. Introducción.....	3
2. Formulación del problema.....	4
3. Concepto indemnidad en el ámbito jurídico internacional y nacional.....	6
4. Implicaciones de la aplicabilidad de la Indemnidad	11
5. Conclusiones	17
6. Bibliografía	19

1. Introducción

El propósito del presente artículo es exponer las principales características de la figura de indemnidad como una de las principales cláusulas accidentales dentro de los contratos de naturaleza privada estudiando la figura dentro del contexto nacional y realizando una comparación con la figura de la responsabilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico con otras figuras que la comprenden como la responsabilidad contractual y extracontractual, teniendo en cuenta la aplicabilidad de la figura en su tratamiento en el derecho anglosajón en estados unidos y elementos básicos o definitorios de esta figura en la contratación privada y la necesidad de un reconocimiento legal de la garantía de indemnidad proveyendo una herramienta que permita la usanza unificada a través de ejemplos que permitan dar una serie de recomendaciones prácticas.

Finalmente, se analizará y concluirá si bajo la normatividad colombiana vigente, en efecto, permiten, de forma categórica, real y efectiva, una protección a las partes contratantes según el contexto de la indemnidad y a terceros fuera de la relación contractual que pretendan hacer reclamaciones.

Este artículo pretende ser entonces una herramienta de unificación de criterios, concisa y práctica para establecer los alcances del acuerdo de cláusulas de indemnidad en el marco de una relación contractual y a su vez que las partes contractuales en una negociación privada tengan bases para determinar si correspondiendo a la evaluación de los riesgos inherentes a la contratación se hace necesario la inclusión de cláusulas necesarias para la mitigación de los temas álgidos de asunción de riesgos en la contratación, dependiendo el tipo de contrato.

2. Formulación del Problema

La entrada en vigencia del Decreto 4828 de 2008 incluyó la obligación de incluir en los contratos estatales por primera vez la figura de indemnidad más adelante con la modificación consagrada en el Decreto 931 de 2009, las entidades debían incluir estipulaciones en el orden a mantener libre (indemne) de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros y que se derivaran de sus actuaciones o de las de sus subcontratistas o dependientes, a menos que se determinara la no necesidad de su inclusión por parte de la entidad estatal.

Esta obligación fue recogida por el Decreto 734 de 2012, el cual fue derogado por el Decreto 1510 de 2013, este último sin contemplar la obligatoriedad de incluir cláusulas de indemnidad en los contratos estatales.

A raíz del anterior tratamiento en el ámbito público, las entidades del sector privado a las cuales el estado impuso en sus negociaciones contractuales este tipo de cláusulas entre los años 2008 y 2013, migraron su uso como práctica contractual reiterada la inclusión de estipulaciones de indemnidad, como consecuencia así de la introducción por vía de contratación pública, que a su vez fue tomada como consecuencia de una fuerte influencia de la figura en el derecho anglosajón.

Por lo anterior y a raíz de que hoy en día se siguen presentando discrepancias en la aplicabilidad de la figura, sus alcances, efectos e idoneidad para proteger a las partes contratantes, se vislumbra necesario establecer en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad una guía de reglas claras sobre la aplicabilidad de la cláusula de indemnidad en la contratación privada estableciendo, ¿Qué elementos componen una cláusula de indemnidad? ¿Cuándo es necesaria la inclusión de una cláusula de indemnidad dentro de un contrato de naturaleza privada? ¿Cuál es el alcance de esta estipulación frente a terceros? ¿Cuáles son los principales temas que quieren salvaguardarse con indemnidades dentro de una contratación y en qué casos de estos no es necesaria? ¿Qué diferencias encuen-

tra con las estipulaciones de responsabilidad contractual y extracontractual? Lo anterior bajo el desarrollo actual de la indemnidad y la configuración de los elementos básicos realizados por los Tribunales de Justicia colombianos.

Teniendo en cuenta las características y el contexto de aplicabilidad de la figura de la indemnidad considerada por la doctrina mayoritaria en nuestro ordenamiento jurídico como una especie derivada del régimen de responsabilidad, se pretende demostrar que está en primer lugar no debe ser entendida como una especie de responsabilidad, sino una figura autónoma con efectos distintos, como se tiene el derecho anglosajón y que a su vez la figura no permite la eficaz reclamación de un tercero ajeno a la relación contractual y la protección de la parte afectada frente a incumplimientos de una de las partes en el contrato.

No habiendo una concreta regulación que indique en Colombia la naturaleza de la figura de indemnidad mal traducida al español como indemnización se tendrá que acudir a postulados en las legislaciones de derecho anglosajón, la cual en principio está compuesta por normas que contienen un carácter proteccionista de manera unilateral o bilateral dentro del marco de una relación contractual, observamos que dichas normas disponen y dan lugar a una serie de situaciones que permiten afirmar, frente a esta figura, que existen aspectos llamados a ser aclarados, como por ejemplo el hecho de que no existe claridad en la manera de hacer efectiva la cláusula por vía distinta que el llamamiento en garantía dentro de un proceso como se expondrá.

Así entonces la falta de regulación expresa de la materia al ser considerada parte del régimen de responsabilidad implica ciertas precisiones a la hora de pactar este tipo de cláusula en el marco de una relación profesional o como se expondrá cualquier estipulación de indemnidad en la contratación privada tal como típicamente están siendo pactadas en contratos de prestación de servicios profesionales son innecesarias a la luz de su efectividad en razón a que existen otras figuras de responsabilidad que permiten salvaguardar los intereses de cada parte contractual.

A partir de la búsqueda de información respecto al tema, se encontró que la normatividad que regula el régimen de responsabilidad en nuestro país, Código Civil y Código de Comercio, permite pensar que la figura de la indemnidad está comprendida como una especie de la misma, aunque si fuera de este modo cuál sería la razón para la dificultad en su aplicabilidad al momento de hacer reclamaciones, Pensemos pues que somos un tercero afectado por el incumplimiento de un contratista en una relación contractual en el cual efectivamente se generaron daños y perjuicios imputables al contratista, cómo tercero vinculado al contratante cómo podría reclamar al contratista en el marco de una indemnidad si por vía de la responsabilidad extracontractual me permite imputar responsabilidad del daño a ese contratista, en razón a la indemnidad lo único que podría hacer es reclamar a el llamado contratante en la relación contractual y que este a su vez indique al contratista que la reclamación ha tenido lugar y que por ello ocupe su lugar para efectos de responder e indemnizar a ese tercero, entrando así a tener que en todo caso demostrar que el contratista en la relación contractual tuvo por su incumplimiento contractual incidencia en el daño objeto de reclamación, entonces, aceptaría un juez que por vía de indemnidad se reclame al contratista y no al contratante los daños sufridos con ocasión de un incumplimiento contractual.

3. Concepto indemnidad en el ámbito jurídico internacional y nacional

Conceptualmente, la indemnidad es definida como el "estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio"; en materia doctrinal, viene a suponer "la seguridad que da una parte a otra de que no sufrirá daño o perjuicio por la observancia de determinada conducta pasada o futura. (Espinosa, 2011).

La indemnidad se plantea entonces conforme a su definición más simple como una estipulación exonerativa y no resarcitoria o compensatoria y de la cual no puede predicarse entendida como una cláusula de responsabilidad ya sea contractual o extracontractual, sin embargo se reconoce que la indemnidad al igual que las clases de responsabilidad admiten

por la clara tendencia judicial es que en los caso difíciles de ubicar en sede de una responsa-

6

sabilidad contractual o extracontractual o indemnidad prime el principio de no dañar a otro, que subyace en el artículo 19 de la constitución Nacional y en el artículo 1109 del código civil (Piedecasas, 2006), pero en punto de la indemnidad agregando que se protegerá a aquel que no ha sido el causante del daño.

¿Qué elementos componen una cláusula de indemnidad?

Conforme al derecho anglosajón, serían:

- El indemnizado es la parte contratante que tiene derecho a ser indemnizado.
- Por otro lado, un indemnizador promete defender, mantener indemne o libre y eximir al indemnizado contra la responsabilidad de una tercera persona, ajena a la relación contractual o contra la pérdida resultante de la responsabilidad o sanción.
- Un tercero es una persona o entidad que no es parte de la relación contractual originaria, pero que demanda a una de las partes contratantes para que se reconozca responsabilidad o sancione.

En este mismo sistema legal se entiende que las implicaciones de incluir una cláusula de este tipo comprenden lo siguiente:

Típicamente, se activa una provisión de indemnización cuando un tercero ajeno al contrato demanda, reclama o impone una sanción contra una de las partes contratantes (Es decir, la parte contratante contra el tercero reclamante).

No es común que se active cuando hay una reclamación directa entre partes (Es decir, la parte contratante contra la otra contratante). En su esencia, una disposición de indemnización permite a la parte responsable de la responsabilidad (El Indemnizado) transfiriera su pérdida o responsabilidad a otra parte que los represente en el tribunal (el Indemnizador), y asuma los costos de litigios y la responsabilidad frente a un tercero que presenta una demanda contra el indemnizado (Pinson, 2017).

En Colombia por su parte, en primera medida la indemnidad puede pactarse con el espíritu general de mantener a la otra parte indemne de cualquier reclamación judicial o extrajudicial por cualquier asunto motivado en el contrato, que sea imputable a la parte que

ha incumplido, es la redacción que más se encuentra en contratos privados, sin embargo al momento de negociar es posible que la parte a la cual se le impone la obligación de indemnidad solicite

7

se especifique la aplicabilidad de la estipulación, dado que la indemnidad también puede estar ligada a un tema en específico dentro del contrato como lo es: confidencialidad, laborales, tratamiento de datos personales, propiedad intelectual, etc.

A su vez, una cláusula de indemnidad podría suponer la existencia de la obligación de una de las partes de asumir el pago de los costos que pudieran generarse por el reclamo de un tercero e, incluso, asumir el costo de la asesoría legal necesaria para la defensa contra dicho reclamo; ello en busca de mantener indemne el patrimonio del beneficiario del pacto. (Lau, 2017)

En ese sentido, las cláusulas de indemnidad cumplen la función de prevenir y asignar los riesgos que pudieran generarse en la ejecución de un contrato; siendo una garantía para mantener indemne el patrimonio de los contratantes, de forma tal que la actividad de la otra parte no signifique una afectación a dicho patrimonio.

Finalmente, las cláusulas de indemnidad pueden suponer que la indemnidad de una de las partes tenga el alcance de que los reclamos de terceros por los daños que hubieran sido generados por sólo una de las partes sean asumidos en su totalidad por la parte cuyos hechos no son imputables a esta.

Teniendo en cuenta lo anterior para cada caso de indemnidad planteado se deberán cuestionar las partes en concreto sobre:

1. Aplicabilidad. Quién debe indemnizar y a quién, es bilateralidad el pacto de indemnidad, si bien no supone una mitigación de los riesgos asumidos, plantear la bilateralidad de la cláusula implica que las partes reflexionen sobre los alcances del pacto que se exige a la contraparte.

2. Delimitación de la aplicabilidad. Es importante cuestionarse al redactar una estipulación de indemnidad ¿Los términos de la indemnidad permiten identificar cuándo se está obligado a reembolsar al indemnizado por un reclamación?, y si es así,

8

¿cuándo? Si la estipulación del contrato claramente muestra la intención de mantener indemne a la otra contra su propia negligencia bajo qué circunstancias sería?

3. Naturaleza de la Indemnidad. Cada parte deberá evaluar el pacto de indemnidad de cara a la materia objeto de indemnidad y así mismo asignar los riesgos que pudieran generarse con ocasión de la ejecución del contrato, considerando la cláusula principal sobre la que se realice el pacto, por ejemplo si las partes realizan un contrato de prestación de servicios para realizar una parametrización de cierta información y generar informes, las partes deberán considerar en la cláusula de propiedad intelectual e indicar que respecto de la propiedad intelectual de cada una de las partes la otra deberá mantener indemne a su contraparte en lo que corresponda a sus derechos intelectuales.
4. Procedimiento. Esto implica entre otros cubrir como mínimo los siguientes aspectos:
 - a. La exigencia de notificar a la otra parte de la reclamación, queja, demanda o acción que se haya puesto a esta para poder asumir de manera directa la reclamación, en este punto habrá que indicar que bajo la legislación vigente se entiende que la indemnidad no tiene objeto resarcir lo ya causado sino prevenir las afectaciones al patrimonio de la parte que se pretende mantener indemne.
 - b. Especificar los requisitos procesales para la recuperación o reembolso, en caso de reclamación dentro de un cierto período de tiempo, o seguir ciertos procedimientos para presentar una reclamación de indemnidad
 - c. Exigir una estipulación sobre el deber de la aparte que está notificando de realizar actividades de mitigación frente a la continuidad del daño o lesión causada.
5. Limitaciones. Las partes deben ser consistentes con la relación comercial contractual y razonable según la estipulación de la indemnidad, así la limitación puede ser de dos vías: La primera en cuanto al termino en el que las pares o una de

las partes se compromete a mantener libre o indemne a la otra, es decir, dentro de seis meses, un año, etc.) y que la otra pueda reclamar la eficacia de la cláusula; La segunda refiere a establecer el monto económico exigible en la indemnidad para lo cual deberá evaluarse: 1. ¿Incluye el contrato una disposición de cobertura de ciertos riesgos por medio de seguros, que limite la cantidad de la cobertura del seguro (es decir, la res-

9

ponsabilidad contractual seguro)? Y que este dentro de la cantidad establecida como limitante para mantener indemne a la otra. 2. Hay una limitación en la cantidad que se puede recuperar para una reclamación indemnizada en la limitación de Responsabilidad que cubra la indemnidad. 3. Se incluyeron eximentes de indemnidad

6. Excepciones. Dejar claro qué se cubre con la indemnidad es fundamental dado que por vía interpretativa dejar la aplicabilidad de la cláusula, por ejemplo hallarse demostrado no haberse generado el daño por parte de la parte que debe asumir la indemnidad.
7. Examinar otras disposiciones correspondientes en el Contrato a la responsabilidad. ¿La disposición de indemnidad puede ser amortiguada con la garantía de cumplimiento dentro de la limitación de responsabilidad en el contrato? ¿La sección de seguros del contrato armoniza con la sección de indemnización por responsabilidad o indemnidad? ¿Está en otros apartes del contrato que en la materia objeto de indemnidad hay limitaciones?

Por otra parte y atendiendo la definición concebida por Marcela Castro como aquéllas en donde una parte contractual se obliga a asumir los costos que podrían generarse sobre la otra por los reclamos que pudieran formular terceros ajenos al contrato, estas cláusulas incluso podrá considerarse como pactos preventivos en los que de manera anticipada una parte se obliga a la asunción de costos que pueda incurrir la parte que debe mantenerse indemne por atender de manera directa las reclamaciones, dando cabida a la proclamación de efectos *extra contractuum*, es decir que deja entre ver que su aplicabilidad podría en principio entenderse en favor de terceros ajenos a la relación contractual, siendo posible

que una parte cuando un tercero haga una reclamación invoque por vía de la indemnidad solicitar a la parte que se obligó a salir en defensa de este que asuma la reclamación de manera íntegra, dejando así sólo la posibilidad del tercero de reclamar solo frente a la parte no exonerada, es allí donde cabe anotar si es eficaz esta estipulación, pensemos el escenario de la solidaridad.

Lo anterior dado que como se ha indicado arriba la indemnidad son pactos que buscan la protección del patrimonio de las partes en cuyo favor son pactadas.

10

4. Implicaciones de la aplicabilidad de la Indemnidad

a. Diferencias con otras figuras en materia de la responsabilidad civil en general

a.1. Responsabilidad contractual y extracontractual

Entre las partes celebrantes y con motivo de los efectos nacidos del negocio, la responsabilidad es contractual; por hechos originados en el contrato. (Piedecabras, 2006, pág. 389)

Sobre este punto me detendré primero en la diferenciación de lo que corresponde a una responsabilidad por hechos ajenos como es el caso de la responsabilidad que se endilga al padre por los hechos que realiza su hijo, sobre este punto cabe anotar que en materia de indemnidad no se pretende que haya una responsabilidad derivada del hecho del incumplimiento ajeno sino del propio incumplimiento que derive en la reclamación de dicho incumplimiento a un tercero ajenos a la relación contractual, sobre este punto cabe mencionar de igual forma que una estipulación de indemnidad puede adquirir el carácter extensivo de indemnización por los daños propios causados a terceros que se involucran en la relación profesional no por el hecho de pertenecer a la misma sino por el hecho de verse afectada con esta es así que una cláusula de indemnidad puede ser redactada en el sentido de mantener libre o indemne o defender a los administradores y dependientes de una de las partes por el incumplimiento que haga la parte contractual. (Ordoqui, 2011)

¿Podría entonces el tercero reclamar bajo la responsabilidad extracontractual y predicarse la solidaridad entre los dos sujetos contractuales?

En Sentencia 27771 del Consejo de Estado sobre la resolución de un acción de reparación directa en la que se alega la aplicabilidad de la cláusula de indemnidad establecida en el contrato se estipuló que la contratista asumía en forma total y exclusiva la responsabilidad que se derive de la calidad e idoneidad de los servicios de salud prestados a los usuarios de una entidad prestadora de servicios de salud, se indicó que:

11

Ahora, si bien es cierto que esta cláusula estaría encaminada a establecer la indemnidad o exoneración de responsabilidad de la entidad estatal por los daños que con ocasión de la ejecución del contrato la sociedad cause a terceras personas, no lo es menos que esta Sala ha entendido que esa clase de pactos, de resultar válidos, sólo estarían llamados a surtir efectos entre las partes del convenio y, por tanto, son inoponibles a terceros.

Frente a las reclamaciones de terceros por vía de responsabilidad extracontractual en sentencia de se tiene entonces que:

Así las cosas, las entidades demandadas están llamadas a responder de manera solidaria por los perjuicios ocasionados a los demandantes, en tanto el daño cuya reparación se reclama por los demandantes les sea imputable, sin perjuicio de las estipulaciones contractuales pactadas entre las entidades demandadas.¹

¿Cuándo es necesaria entonces la inclusión de una cláusula de indemnidad dentro de un contrato de naturaleza privada?

Con relación a esto y teniendo en cuenta que la indemnidad tiene naturaleza de aplicación previa a la ocurrencia del daño muchos profesionales han optado por replicar las estipulaciones de la responsabilidad y darle efectos preventivos, así podrá indicar una cláusula de indemnidad que notificada la

¹ Ver providencia de 20 de junio de 1973, S3; Sentencia de 9 de octubre de 1985, radicado al No. 4556, Ponente Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido véanse las sentencias de 8 de marzo de 1996 expediente radicado No. 9937 Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, posición ratificada mediante la sentencia de 25 de junio de 1997 expediente radicado al No. 10504 con Ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y la providencia de 28 de noviembre de 2002 expediente radicado al No. 14397 Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

acción en contra de la parte en cuyo favor se pactó la indemnidad debe de manera inmediata asumir la defensa el indemnizador.

a.2. Pactos de reembolso por vía de indemnidad

Como es claro hay casos en que la cláusula de indemnidad exige que en caso de haber reclamaciones que sean asumidas por la parte que se pretende mantener indemne sea realizado directamente por falta de asunción de la contraparte y se exija el reembolso de los dineros asumidos directamente.

12

En este caso se considera que incluso de no haberse pactado dicha indemnidad, las normas de responsabilidad contractual normalmente nos llevarían a señalar que, en caso el propietario desembolse algún pago a favor del tercero dañado, luego podría repetir en contra la parte que no cumplió la indemnidad. En estados Unidos también podría aplicarse el *compensatory damages* figura con la cual la parte que fue incumplida tendrá el derecho a busca reparar sus expectativas (ponerla en una situación similar a la que hubiere estado, si el contrato no hubiera sido incumplido); en este punto puede decirse que en Colombia por vía de la responsabilidad contractual pueden hacerse este tipo de reclamaciones sin necesidad de establecer expresamente la indemnidad sino la compensación por vía de daños causados.

a.3. Pactos indemnizatorios

- **Clausula Penal:** la pregunta que debemos hacernos es si la cláusula penal es más favorable a la hora de hacer efectiva una reclamación de incumplimiento que una cláusula de indemnidad, al respecto se estima que es más eficaz en el orden a evitar procesos de reclamación más eficientes en ese orden de ideas se tiene que cuando se activa la cláusula penal en el contexto de una sanción por parte del sancionado por autoridad judicial o administrativa este podría bien haber pactado tanto la cláusula penal como la indemnidad por vía de compensación en el contrato y por ello entraría a realizar la siguiente apreciación: en caso de hacer efectiva la cláusula penal en la que esta indique que el valor de la pena a pagar equivaldría al valor de

la sanción impuesta a la sancionada con ocasión del incumplimiento o cumplimiento tardío de las obligaciones del contratista para el caso en ejemplo bastaría demostrar que el contratista incumplió o cumplió tardíamente por vía judicial, para el caso de haber pactado indemnidad por vía de podría por esta vía evitar que la sanción fuera impuesta o que la reclamación fuera real.

b. Relación con Las figuras de derecho anglosajón *representations* y *warranties* y precisiones al respecto

13

En el Derecho Norte Americano existe la cláusula de declaraciones y garantías cuyos efectos conforme al laudo arbitral Financiera Colombiana S.A. vs otras (2005) tiene como efecto preciso: “*Los representations*” corresponden a las afirmaciones que formulan las partes acerca de los supuestos de hecho para la celebración de un contrato, al paso que las “*warranties*” constituyen promesas de que los hechos son o serán verdaderos al momento de celebración o cierre del negocio”.

Estas figuras se relacionan pues con la cláusula de indemnidad en el sentido de que dichos asuntos son indemnizables por las partes, en el caso de *los representations*, la indemnidad gira en torno a su cumplimiento no bastando que las partes contratantes afirmen bajo la gravedad de juramento su cumplimiento sino garantizando la indemnidad del mismo, así por ejemplo, en punto del cumplimiento de ciertos deberes legales se puede predicar la indemnidad, es el caso de las inhabilidades y las incompatibilidades o el cumplimiento de las leyes SARLAFT². Por su parte “*las warranties*”, en la contratación privada moderna se entienden como cumplimientos que debe realizar alguna de las partes contratantes sea para celebrar el contrato, como condición para su pago o para la liquidación contractual, así por ejemplo se podrá exigir frente a este tipo de estipulaciones la indemnidad, por ejemplo en materia de protección de datos

² Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo

personales, en la que no encontrándose una parte en cumplimiento de la Ley vigente aplicable en la materia esta garantiza que estará en cumplimiento de la Ley antes de la celebración o durante la ejecución del mismo, por lo que se compromete a mantener indemne a la otra parte en caso de reclamaciones por vía del cumplimiento de la Ley.

Al igual que la indemnidad y como predica el laudo Balclín Investments S.L Altra Inversiones Ltda. y otros vs. Jairo Andres Gutiérrez Robayo y otros (2011) “las declaraciones y garantías (...) son el resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada, de cuyo incumplimiento se puede derivar el

14

pago de perjuicio acordado por las partes”

Para el tema en estudio podría indicarse que por la misma vía de la autonomía de la voluntad privada podría hacerse exigible la indemnidad.

c. Limitaciones en la aplicación de la cláusula de indemnidad

En materia procesal se encuentra dada la limitación por la determinación de la validez de una cláusula de exoneración, dado que en reiterados fallos como se indicara la misma no puede ser invocada por las partes para que se aparte el demandado para que otro entre en su lugar a defender sus intereses y con ello quede exonerada la parte en cuyo favor se pactó la indemnidad, queja, reclamo o procedimiento sancionatorio o administrativo acaecido, así los jueces entienden que la disposición de indemnidad no es ejecutable, salvo consideraciones puntuales, como la prueba de no solidaridad en las actuaciones o dependencia de las partes contractuales ¿cómo se puede predicar la aplicabilidad de la misma en materia procesal? . Al respecto lo único que procede en ese caso es redactar en la misma cláusula de indemnidad que en caso de no ser posible la defensa única y exclusiva de una de las partes en favor de otra podrá conformarse un litisconsorcio y con ello minimizar los riesgos o distribuirlos entre las dos partes.

Otra de las barreras que encuentra la cláusula de indemnidad es frente a la asunción de costos esto significa que incluso si una parte tiene un derecho contractual a la indemnidad,

la parte debe agotar su propia cobertura de seguro antes de que pueda reclamar la indemnidad. Siendo así, los profesionales necesitan comprender las diferencias entre ser considerada una cláusula con fin resarcitorio o compensatorio y con fines de exoneración.

Más adelante se proporcionan ideas sobre cómo los profesionales pueden redactar una indemnidad para que los acuerdos que pretenden la diferenciación de la figura con independencia en la póliza de seguro sean tenidos como válidos en un proceso.

Otro aspecto que puede llegar a afectar la aplicabilidad de la cláusula de indemnidad la encontramos con fundamento principal en el artículo 15 de la constitución política colombiana en el cual sólo serán renunciables los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual y que no sea prohibida su renuncia. Al respecto frente al

15

pacto de indemnidad no podrá solicitarse la renuncia al derecho de defensa de la parte que ha prometido la indemnidad, dado que de considerarse no aplicable la cláusula esta podrá hacer efectivo su derecho, estipulaciones en contrario estarán por encima de la libertad contractual y pueden ser consideradas abuso del derecho.

Otras limitaciones menores tienen que ver con el pacto expreso de esta cláusula dado que no es posible como en el caso de la responsabilidad extracontractual invocar la misma sin dicho pacto, y no podrá ser invocada posteriormente a este, de igual forma no debe ser contraria a la ejecución de las partes por ello no podrá pactarse una cláusula exonerativa o de indemnidad que indique que el parqueadero no vigila pero recibe las llaves del auto, la cláusula además de ser expresa debe ser percibida por una persona prudente y diligente y concretar el asunto de exoneración, así no podrá decirse que la indemnidad es por cualquier materia de cualquier tipo sin que se indique que debe estar regulada en el contrato, algunos profesionales han optado por colocar en cada cláusula donde se considere necesario la indemnidad una estipulación de indemnidad o como una cláusula independiente que haga referencia puntual a la cobertura de la indemnidad, tener en cuenta que la cláusula redactada a lo largo del contrato debe tener especial cuidado de no afectar la obligación

esencial del contrato, por ejemplo, exonerarse sino se paga el precio, ya que allí no habría intención de obligarse en el negocio y mucho menos de asumir y distribuir riesgos³.

Por otra parte, teniendo en cuenta las reglas de esta materia se imposibilita condonar el dolo futuro o culpa grave (art. 1522 del Cód. Civil), así mismo la Ley indica que hay normas de orden público y en razón a ello este tipo de cláusulas no pueden ir en contravía de algunas de estas disposiciones a saber, responsabilidad de administradores (art. 200 Cód. Co); exoneración de responsabilidad en el contrato de transporte (art. 992 y 1031 del Código de Comercio); contratos de construcción (art. 2060 del Cód. Civil) y Protección del consumidor (Ley 1480 de 2011).

En esta línea también debe examinarse que no se esté disponiendo de un derecho fundamental así la integridad personal salvo consentimiento informado será objeto de responsabilidad y no podrá pactarse indemnidad sobre la misma si media dolo o culpa grave.

16

5. Conclusiones

- a. Las cláusulas de indemnidad son un rasgo rutinario de los contratos modernos, que requiere sea regulada como un instrumento jurídico autónomo y eficaz en el que se defina sus efectos alcances, la cual pueda ser utilizada para la salvaguarda y garantías de las partes cuando este elemento accidental sea pactado por las parte dentro de un negocio jurídico o relación contractual y por ende no se constituya como un elemento perturbador que evite que las partes la utilicen como mecanismo jurídico en sus interacciones negóciales.
- b. La utilización de la cláusula excepcional de la indemnidad debe circunscribirse aquellos contratos que no tengan las características de ser contratos de ejecución instantáneas y aquellos que lleven implícitas obligaciones de tipo solidarias.

³ Art. 1535 del Código Civil. Si se puede predicar que es un hecho voluntario de cualquiera de las partes valdrá el pactó.

- c. Debe estipularse en dicha reglamentación que la figura de la indemnidad debe ser aplicadas en los negocios jurídicos definido en el derecho privado y las relaciones contractuales que se den entre el estado con particulares.
 - d. El elemento accidental de la indemnidad no debe convertirse en un instrumento que desborde en una práctica abusiva del derecho de autonomía de la voluntad ni extra limitarse en su aplicabilidad
5. Debe partirse que la utilización del derecho adjetivo para la reclamación de los conflicto jurídicos que surjan entre las partes, no sea considerado que la intervención judicial implique sustitución o a interpretación de la voluntad de las partes intervinientes en el negocio jurídico y que el principio de la autonomía de la voluntad subsuma el principio de la equivalencia entre las prestaciones y obligaciones, no se estime que las partes actuaron en un margen de relativa igualdad. (Lacayo, 2015)
6. Lo que se pretende con una estipulación de indemnidad es establecer con suficiente claridad las fronteras de la responsabilidad y un mecanismo para que el contratista responda frente a las sanciones que imponga una entidad administrativa o judicial al sujeto causante de la infracción legal o contractual

17

que deriva en daños y perjuicios a terceros.

7.- Las cláusulas de indemnidad se recomienda deben tener como presupuesto mínimos a tener en cuenta:

6.1. Los sujetos contractuales quien tiene la posición dominante y quien puede asumir mayor o menor riesgo dependiendo de la respuesta, se debe recordar que el contrato es un acuerdo de voluntades y que no puede caerse en el estadio de una práctica abusiva del derecho de autonomía de la voluntad ni extra limitarse en su aplicabilidad.

6.2.- La cuantía, generalmente la indemnidad está limitada sea a los honorarios pactados por el total del periodo de ejecución o por un honorarios específico, por ejemplo puede indicarse que la indemnidad será limitada al valor de lo facturado hasta el momento en el que sea efectiva la indemnidad.

6.3 El tiempo, como la cuantía es admisible como máximo exonerar de responsabilidad o mantener indemne a la contraparte no más allá del tiempo de ejecución del contrato, por ello se debe tener en cuenta cláusulas del contrato cuyos efectos se indique se extiendan más allá del periodo contractual, en ese caso deberá indicarse en la misma cláusula que pretende sean extendidos sus efectos que la indemnidad al respecto la acompañara.

6.4. Por tipo de daño, en la práctica profesional se debe evaluar el tipo de contrato frente al que se predica la indemnidad, dado que en la mayoría de las cláusulas de indemnidad se indica que el cubrimiento es por daños punitivos, consecuenciales e indirectos, en la mayoría de ocasiones la negociación en este punto es compleja dado que los profesionales al momento de redactar la cláusula de indemnidad no tienen en cuenta la naturaleza de la contratación y ajustan la estipulación a la misma, es decir, que independientemente de que no sea posible predicar daños por ejemplo a la integridad de la persona en una relación profesional de suministro de papel para baño, se indica una cláusula de indemnidad que contempla daños indirectos creados por el suministro de ese bien.

18

6.5.- Tener en cuenta las limitaciones legales, como lo son convenciones de Varsovia y Montreal por contratos de transporte, Arts. 1487, 1545, 1596, 1835 y 1881 del Código de Comercio, entre otros.

6. Bibliografía

Agencia Nacional de Contratación Pública COLOMBIA COMPRA EFICIENTE Concepto Colombia Compra Eficiente, Lina Jiménez Ríos / Gestor Proyecto: Liliana Runcería. Consultado el 30 de mayo de 2017, disponible

en:
http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahukewikilm8ctrahwgriykhrlqldymqfggymaa&url=http%3a%2f%2fwww.fasecolda.com%2ffiles%2f9914%2f2288%2f7883%2f53.col-compra-eficiente-concepto2014n0000168_20141203.doc&usg=afqjcnh3oczpzu8fxnnttwtpt1wqvwfbxeq&sig2=ooayuoq_by2qy30rezzxuq&bvm=bv.144224172,d.ewe

CASTRO RUIZ MARCELA, "CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD: APROXIMACIÓN A SU PROBLEMÁTICA EN EL DERECHO COLOMBIANO" RESPONSABILIDAD CIVIL, DERECHO DE SEGUROS Y FILOSOFÍA DEL DERECHO. ESTUDIOS EN HOMENAJE A JAVIER TAMAYO JARAMILLO. TOMO I. BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE. BOGOTÁ. EN: COLOMBIA ISBN:

9789587310689 ED: BIBLIOTECA JURÍDICA DIKE LTDA. EDITORIAL (MEDELLÍN), V., P.583 - 607, 2011.

DAVILA ESPINOSA JOSÉ LUIS, ALCANCE DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL COMO MECANISMO DE COBERTURA FRENTE A LA CLÁUSULA DE INDEMNIDAD EXIGIDA EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL, UNIVERSIDAD DE LA SABANA, BOGOTÁ, 2011. (Consultado el 15 de marzo de 2017. disponible en: http://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/1684/jos__luis_d_vila_espinosa.pdf?sequence=1)

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, EDICIÓN XXII, EDITORIAL ESPASA.

DUBOIS FAVIER, LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD EN LOS ACUERDOS COMERCIALES, (Consultado el 11 de marzo de 2017. Capital Federal, Buenos Aires. Argentina. 2009 disponible: http://www.favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/web8.clausulas_de_indemnidad.pdf)

EARP MICHAEL, INSURANCE LAW AND THE PRINCIPLE OF INDEMNITY IN LIGHT OF RIDGECREST NZ LTD V IAG NEW ZEALAND LTD, 2006 Journal of Building Appraisal VOL.2 NO.3.

Heller Brian, Member (Partner) at Outside GC LL What is a Cap on an Indemnity Clause and Why Should I Care?, 2014. Consultado el 30 de mayo de 2017, disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/20140602192923-1102979-what-is-a-cap-on-an-indemnity-clause-and-why-should-i-care>

LACAYO ARANA MARI ALJENADRA, TESIS DOCTORAL, Biblioteca de Tesis Doctorales, Condiciones Generales de la Contratación, Editorial IBÁÑEZ. 2015

Martinez Merino Gonzalo, LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD EN CHILE: ANÁLISIS NORMATIVO Y COMPARATIVO DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EL COMMON LAW, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 19 - N° 2, 2012 pp. 333-353, consultado el 31 de mayo de 2017, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532012000200011>.

19

MOSSET ITURRASPE JORGE, PIDECASAS MIGUEL A., RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATOS, La revisión del contrato, Editorial: Rubinzal- Culzoni, 2008.

MOSSET ITURRASPE JORGE, PIDECASAS MIGUEL A., RESPONSABILIDAD CIVIL Y CONTRATOS, Responsabilidad Extracontractual Derivada del Contrato, Editorial: Rubinzal- Culzoni, 2008.

NAEEMULLAH IMRAN, J.D. candidate 2014, Tulane University Law School; B.A. 2005, Washington and Lee University, STRONG HEADWINDS: STATUTES, RESPONSIBILITY- SHIFTING, AND PUBLIC POLICY CONTINUE TO FRUSTRATE INDEMNITY AGREEMENTS IN THE OFFSHORE OIL AND GAS INDUSTRY.

ORDOQUI CASTILLA GUSTAVO, MARTÍN-CASAL MIGUEL, Principios para un Derecho de Americano de los contratos y principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, editorial: Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana, 2011.

ORDÓÑEZ ARIAS PAOLA, VALIDEZ Y EFECTOS DE CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE ACCIONES EN COLOMBIA, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES FACULTAD DE DERECHO REVISTA DE DERECHO PRIVADO N.O

49 ENERO - JUNIO DE 2013. ISSN 1909-7794 PRIVADO FECHA DE RECEPCIÓN: 30 DE ENERO DE 2013 / FECHA DE APROBACIÓN: 2 DE MAYO DE 2013

Pinson Stephen, Scott & Scott, LLP NEGOTIATING SOFTWARE CONTRACTS— SUCCESSFULLY NEGOTIATING AN INDEMNIFICATION SECTION. 2016, Consultado el 28 de mayo de 2017, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=6f7caa75-72ec-4023-a1a7-62f2e32f6778>

SENTENCIA C 1008 2010, Corte Constitucional.

SENTENCIA 204 Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca, Consultado el 10 de marzo de 2017, disponible en: http://colombiaaldia.co/estados/boletines/boletin_5_2011/20020875_01.pdf.

SENTENCIA N° 11001-03-26-000-2014-00118-00(51969) DE CONSEJO DE ESTADO - SECCIÓN TERCERA, DE 5 DE MARZO DE 2015, consultado el 30 de mayo de 2017 disponible en: <http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/581670166>