

FUNDAMENTOS DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

2

Sección 1. Cláusulas restrictivas de responsabilidad, dicotomía entre dos principios contractuales

Sección 2. Validez de principio de las cláusulas restrictivas

Sección 3. Condiciones de existencia y límites generales de eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Lograr un punto de equilibrio entre las reparaciones abultadas de los daños y un pacto por el cual, en ejercicio de la autonomía privada, se pueda evitar de manera anticipada el pago de perjuicios y así mantener una eficacia económica y jurídica en las relaciones contractuales, es el reto que, desde la era moderna y durante su evolución, aún enfrenta el actual Derecho contractual.

Un Derecho contractual fundado en principios liberales y sociales que, ante la necesidad de una celeridad negocial que le permitiera ser eficiente desde el punto de vista económico, recurre a unos modelos de contratación para regular relaciones negociales parece no ser jurídicamente eficiente si, con esa forma de contratar, surgen abusos contractuales reflejados en los desequilibrios del mismo contrato con efectos en la responsabilidad.

En los últimos cien años se ha luchado para que la víctima sea resarcida y que se reparen los daños. Este gran logro de la responsabilidad en el proceso

evolutivo del último siglo ha coexistido con la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad y ha sido así también en Colombia.

En nuestro sistema, desde la década del treinta, se reconoce la validez de las cláusulas de irresponsabilidad, luego de que la jurisprudencia hiciera un estudio de su posible validez con base en las ideas del sistema francés. Desde 1936, una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema decidió que es válida la cláusula que exonera de responsabilidad a una entidad bancaria frente al mal manejo de una chequera por parte del cliente que, con grave negligencia, dejó que un dependiente suyo hiciera uso indebido de sus cheques, al punto de que unos dineros del titular de la chequera, pese a la custodia que de ellos tenía el banco, salieron de los fondos de la cuenta del cliente. Se exoneró así al banco de la culpa grave del titular de la chequera por la pérdida de unos fondos depositados en la cuenta que custodia el banco. Esa misma idea es la que reafirmó la Casación Civil en un fallo de 1938, cuando un cliente titular de una cuenta giró unos cheques y dejó, con culpa grave, unos espacios en blanco que permitieron la alteración de esos títulos valores por un tercero. La Corte acogió una vez más la exoneración de la responsabilidad del banco con base en una cláusula restrictiva de responsabilidad por las que esta se exonera de la culpa grave del cliente y, al ser así catalogada por el fallo de 1938 esa conducta del usuario titular de chequera, la cláusula se consideró válida. En el fallo en mención se exoneró al banco de la restitución de los dineros. En la sección 1 se expondrán los principios contractuales a partir de los cuales se podría entender que las partes pueden pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad con validez.

Ahora, mantener tanto la eficacia jurídica como económica del negocio mediante el empleo de las cláusulas restrictivas (exonerativas o limitativas) de responsabilidad no es fácil.

Es cierto que las empresas deben ser competitivas pero sin perjudicar a los consumidores o usuarios de sus productos por medio de cláusulas ilícitas. Es preciso que respeten la normativa aplicable al contrato, de manera que esas disposiciones no sean opuestas al orden público, porque al final generan tal desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que, por contrariar la buena fe, terminan por ser ineficaces.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Asimismo, los empresarios deben desarrollar unas prácticas que faciliten el mercado sin perjuicio de sus clientes, quienes, además de los usuarios, también lo son otros empresarios que no obstante son menos fuertes, como los pequeños y medianos empresarios pyme; estos últimos podrían verse afectados por cláusulas restrictivas de responsabilidad que atenten contra la libre competencia. Identificar cuál es el régimen positivo general aplicable a las cláusulas restrictivas en cada contrato de carácter civil, mercantil, estatal y de consumo, así como en los negocios especiales civiles y comerciales, será la finalidad de la sección 2 de este capítulo.

Mantener la eficacia jurídica de las cláusulas restrictivas de responsabilidad como negocio jurídico autónomo es uno de los grandes retos a los que se enfrenta el Derecho posmoderno de los contratos, cuando las normas intensifican sus controles, mediante políticas intervencionistas y de protección de débiles, al punto de llegar a presumir su abusividad. Un acercamiento a los límites de validez general se hace necesario para ilustrar, en la sección 3, cómo se controlaría la validez o eficacia de las mismas.

Sección 1. Cláusulas restrictivas de responsabilidad, dicotomía entre dos principios contractuales

La reparación integral del daño aparece en el Derecho positivo como un principio de la responsabilidad (Artículo 16, Ley 446 de 1998). Por su parte, el principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido como el poder de autodeterminación contractual, el cual suele identificarse con la libertad contractual⁵⁷ y que se asume como el principio base de la contratación.⁵⁸

Esa libertad contractual permitirá a los contratantes escoger las partes, el contenido, el tipo y la forma de negocio, así como disciplinar la responsabilidad.⁵⁹ Se trata del poder que el Derecho de obligaciones da a las partes para satisfacer su interés mediante la celebración de contratos; sin embargo, tampoco es absoluto y

57 Willian Namen, "Autonomía privada", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico*, dir. Alvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez 2011), 41-54.

58 El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha reconocido la libertad contractual como principio básico de la contratación. En Sentencia de 5 de octubre de 1999, Asunto C-240/97, España c/Comisión, considerando 99.

59 Olivier Soro, "El principio de la autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual" (Tesis de Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, 2007), 100 y ss.

está sometido a unos límites representados por el orden público y, dentro de este, las normas imperativas y las buenas costumbres. Además, existen unos límites intrínsecos que, sin poner en crisis la libertad contractual,⁶⁰ buscan la equidad, a fin de que sigan siendo manifestaciones conformes a la buena fe y evitar abusos; en otras palabras, para que los contratos sigan siendo equilibrados, lo que es favorable a la voluntad misma, en la medida en que favorecen el ejercicio de los derechos de las partes y evitan la intromisión de factores externos en las relaciones del negocio.⁶¹

Antes de la ocurrencia del daño o perjuicio les será posible a las partes pactar cláusulas por las que se atenúe, aligere, limite, excluya, suprima o exima de responsabilidad en la que el futuro deudor podría incurrir, por cuanto el principio de la reparación integral tampoco es absoluto, como lo han sostenido la jurisprudencia⁶² y la doctrina.⁶³

Este principio admite excepciones:

- Las mismas leyes establecen que el régimen de la responsabilidad y en especial el contractual pueden modificarse por un acto de disposición de las partes, si así lo consideran, como una manifestación de la libertad contractual o por leyes especiales (inciso 4 del Artículo 1604 del Código Civil). Esta situación de excepción se presenta con las leyes de protección de débiles, que no permiten a las partes disminuir el mínimo de

60 La Corte Suprema ha dado plena validez al contrato de adhesión y los ha llamado así cuando uno de los contratantes se limita a adherirse a las condiciones impuestas por el otro. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 diciembre de 1970*.

61 María Lacayo, *Condiciones generales de la contratación. Una perspectiva desde la buena fe en el control de incorporación* (Bogotá: Ibáñez, 2015), 44 y ss.

62 Aunque en caso de incumplimiento se deberá la indemnización correspondiente por daño emergente y lucro cesante, esta regla admite excepciones, como las limitaciones legales de responsabilidad y el libre acuerdo entre las partes. Puede verse Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 1 abril de 2003*, Exp. 6499. De manera implícita, la Corte Constitucional ha considerado que el principio de la reparación integral no es absoluto y su carácter es legal, mas no constitucional y será el legislador el que establezca la forma de hacer la reparación. Corte Constitucional, *Sentencia C- 916 de 29 de octubre de 2002*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Exp. 4020.

63 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 91; Ocaris Usuaga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual* (Bogotá: Señal Editora, 1992), 44; José Luis Benavides, *El contrato estatal entre el Derecho público y el Derecho privado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 457-458.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

responsabilidad que en ellas se establece o, si lo permitieran, deberán ser estipulaciones equilibradas y de acuerdo con la buena fe.

- Respecto a los daños reparables, existe una limitante a la reparación integral, porque en principio solo se responde por daños previsibles al momento de contratar y tan solo si el incumplimiento del deudor o de sus dependientes es con culpa grave o dolo (Artículo 63, Código Civil); en ese caso, se reparará hasta el imprevisible (Artículo 1616, Código Civil).
- Los daños inmateriales son cuantificados en cifras tan bajas, que existen toques legales, cuando derivan de ilícitos penales.

En la práctica, la misma jurisprudencia hace extensibles estos toques a los daños inmateriales ocasionados en contratos civiles y aquellos de la Administración cuando podrían aplicarse a manera de guía.

A esta situación se suma el hecho de que la jurisprudencia de la Casación de la Sala Civil y de la Sección Tercera del Consejo de Estado no aceptan de manera unánime toda la tipología de daños inmateriales de carácter físico y psíquico que sufren las personas en su cuerpo o en su salud e integridad psicofísica; no obstante, también se reconocen los que derivan de la violación de algún derecho fundamental.

En los últimos códigos armonizados, en especial la Convención de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo internacional de pasajeros y equipajes (Artículos 17, 18, 21, 22 y 47)⁶⁴ y la Convención de Rotterdam de 2008 sobre transporte marítimo de mercancías (Artículos 59 a 61)⁶⁵ existen límites o toques legales a la reparación. Esto suele llamarse *plafond* legal indemnizatorio.

Un *plafond* funciona así: para que el daño sea pagado, la víctima deberá probar su cuantía, a fin de que se proceda a pagar dentro del toque legal que estableció la ley. Así, si la entidad del perjuicio es superior a la cifra establecida en la ley, solo se pagará hasta ese toque legal, sin que la víctima o un tercero tengan derecho a una cifra que sobrepase el techo indemnizatorio, salvo que el incumplimiento en cualquiera en las normativas que establece toques o techos a la reparación se

64 El texto de la convención de Montreal puede verse en <http://www.avianca.com/es/Documents/Equipaje/Convenio-de-Montreal.pdf>

65 El texto vigente de la Convención de Rotterdam puede verse en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/Rotterdam_Rules/Rotterdam-Rules-S.pdf

cause con dolo o culpa grave, pues es una regla de Derecho que, en esos eventos, no hay límite que aplique por la forma grotesca como se causa el daño.⁶⁶

Los *plafonds* son cifras mínimas de reparación que se pueden elevar, mas no disminuir o eliminar; sin embargo, lo bueno de que existan es que el mismo transportador se puede cubrir en la responsabilidad de manera alternativa con seguros, lo cual permite a la víctima ser resarcida por un tercero pagador en caso de incumplimiento, pero en ese caso, podría pensarse en una cláusula de traslado de la reparación que en la legislación de consumo en Colombia está proscrita, porque se considera abusiva. Esta posición no se comparte, por cuanto atenta contra el principio de resarcimiento de daños como avance de la responsabilidad civil en los últimos cien años, según la cual lo importante es reparar y compensar los daños. Por ejemplo, en caso de iliquidez del causante del daño, lo mejor sería que un seguro o un tercero lo pagaran, si esto fuera posible en Colombia —como en Italia o Francia—. La solución estaría presente, en materia procesal: se demandaría al acreedor y se llamaría en garantía a la aseguradora o al tercero, que, en últimas, pagará.

Cabe resaltar que en la Convención de Montreal de 1999 se estableció un sistema mixto de responsabilidad, en el sentido de que será objetiva y, en caso de no obtener el resultado contratado —que el pasajero llegue sano y salvo a destino— se pagará de manera automática la cifra establecida por ley como techo *plafond* (100.000 DEG, donde un DEG equivale a un euro), de modo objetivo y sin que la víctima deba demostrar el daño. Si la víctima cree que su daño es superior, escogerá el régimen subjetivo y deberá probar la cuantía del daño, así como los demás elementos de la responsabilidad.

66 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 188-197. Para una profundización sobre el régimen de protección del pasajero en transporte marítimo y aéreo, puede verse José Manuel Gual, “La protección del pasajero en el contrato de transporte aéreo y marítimo internacional de personas”. José Manuel Gual, “La protección del pasajero en el contrato de transporte aéreo y marítimo internacional de personas”, en *Estudios de Derecho civil obligaciones y contratos*. Tomo IV (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007), 143 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

El ordenamiento colombiano también ha establecido algunos topes, techos o límites legales (*plafonds*) sobre el monto del resarcimiento;⁶⁷ así, por ejemplo, en temas de transporte,⁶⁸ se observan en:

- Transporte aéreo de pasajeros, con respecto a su equipaje de mano y a su equipaje registrado: incisos. 2 y 3 del Artículo 1887; inciso 2, Artículo 1886 y Artículo 1881 del Código de Comercio.
- Transporte postal: Artículo 1889 del Código de Comercio.
- Transporte de cosas: Artículo 1031 del Código de Comercio.
- Transporte marítimo de personas: Artículo 1596 del Código de Comercio.

Esos topes no serán aplicables cuando el incumplimiento derive de una conducta dolosa o gravemente culposa y este parece ser el sentido que se debe aplicar también en Colombia.

- En el contrato las partes pueden pactar cláusulas penales simples, por las cuales acuerdan una cifra que cubra alguno o todos los tipos de incumplimiento y los daños por mora.⁶⁹ Si surge el daño, la víctima no podrá pedir otra cifra adicional con carácter indemnizatorio, cuando esta escogió como alternativa a la acción de daños la reparación pactada en la cláusula penal. La ventaja de este pacto radica en que como la penal se ha establecido como una tasación anticipada de la indemnización de eventuales daños, se pagará de inmediato y sin que se requiera probar la entidad o la cuantía del daño. Además no importa que sea superior o inferior a los perjuicios sufridos, pues funcionan como una cifra fija o *forfait* de la reparación; en todo caso, si es lesiva, el juez podrá proceder a su revisión

67 Los límites indemnizatorios que establece la ley como techos para la reparación en materia de transporte tienen como finalidad liquidar con rapidez los conflictos derivados de la responsabilidad del transportador. Estos han sido definidos según el peso y valor de la carga, los valores del flete y patrones de salario mínimo o gramos oro por kilo transportado. Es lo que la Corte Suprema de Justicia ha llamado también exoneraciones legales de responsabilidad. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 12 junio de 1990*.

68 Los límites legales a la reparación se aplicarán como tope indemnizatorio cuando las partes han guardado silencio sobre ellos. Alguna parte de la doctrina considera que no hay forma para que haya una indemnización superior a la señalada en los topes de ley. José Alejandro Bonivento, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Tomo II (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2005), 252. Sin embargo, es una posición que no se comparte, porque en beneficio del usuario, el transportador podría pactar cuantías superiores a los topes legales al resarcimiento; ello resulta beneficioso tanto para la parte débil como para el mantenimiento del equilibrio entre las partes, pues la parte débil contrata bajo la modalidad de un contrato por adhesión.

69 Gustavo Barbour y Diana Rodríguez, "Aspectos políticos de la 'cláusula penal'", en *Reflexiones sobre la responsabilidad en el siglo XXI*, ed. Antonio Sáenz de Miera (Bogotá: Politécnico Gran colombiano, 2014), 159 y ss.; Denis Mazeaud, *La notion de clause pénale* (París: Libr. générale de Droit et de jurisprudence, 1992), *passim*.

para reducirla si es excesiva.⁷⁰ Excepcionalmente se podría acumular con la indemnización principal, pero solo si se pactó como una cláusula penal cumulativa o de apremio; esto debe acordarse de manera expresa para que opere, caso en el cual deja de ser alternativa a la reparación.

En los Principios europeos de la responsabilidad (PETL),⁷¹ elaborados por el European Group on Tort Law (EGTL), parecería que estas cláusulas restrictivas son permitidas según la importancia de los daños e intereses protegidos, de modo que no serían válidas cuando recaen sobre daños a la persona; así, en el Artículo 2:102, la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia y más importante, y serían válidamente posibles sobre aquellos daños patrimoniales que se derivan de relaciones contractuales. Es de recordar que este último modelo de código también forma parte del llamado Soft Law.

El argumento general para justificar el pacto de cláusulas restrictivas de responsabilidad está basado en la idea de que el principio de la autonomía privada de la voluntad tampoco es absoluto, como tampoco lo es el de la reparación integral de daños, porque si la misma ley consagra excepciones a la reparación integral del daño y por daños a la persona hasta en las más modernas tendencias internacionales de la responsabilidad, no habría razón alguna para que, dentro de ciertos límites, también se pueda restringir la responsabilidad, pues no hay que olvidar que las normas que prohíben o limitan un libre ejercicio de la autonomía privada deben interpretarse de manera restrictiva. Sin embargo, pese a que es un óptimo mecanismo de redistribución de riesgos empresariales, se ha visto un movimiento legislativo que tiende a restringir cada vez más su validez en los contratos de consumo y en los contratos entre empresarios bajo la teoría de las cláusulas abusivas. También se ve con mayor preocupación la validez de una cláusula exonerativa que la de una limitativa de responsabilidad, lo cual provoca incertidumbres porque sus efectos prácticos generan dificultad en diferenciarlas

.....
70 Si la revisión se hace por una cláusula excesiva —lo cual podría constituir un abuso—, también podría pensarse que, por equidad, se haga la revisión de la misma, porque es manifiestamente irrisoria y su efecto es limitativo de responsabilidad y, en ese caso, podría ser abusiva contra los intereses de la parte débil que, por ejemplo, ha contratado con un profesional que la tiene predispuesta en su contrato del tipo estándar. Delebecque, “Régime de la réparation”, 1 y ss.

71 El texto de los PETL en diferentes lenguas puede verse en <http://civil.udg.edu/php/index.php?id=129&idioma=EN>

y se prefiere tratarlas de manera indistinta como cláusulas restrictivas; de ahí la importancia de identificar su tipología.⁷²

Sección 2. Validez de principio de las cláusulas restrictivas

Con la Ley 1480 de 2011⁷³ (Artículos 42 y 43) nuestro derecho interno estableció una norma que, de manera expresa y directa, prohibía a las partes pactar en un contrato cláusulas que alteraran o modificaran el régimen normal de la responsabilidad. Esta prohibición solo aplica a contratos de consumo no negociados entre empresarios y consumidores B2C o b-pyme 2C, pues antes de esta normativa específica en la contratación civil, comercial y estatal, en general, las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se pueden pactar con validez, no obstante la existencia de unas normas específicas que aplican para cada contrato especial. En ellas se definen controles de validez o eficacia adicionales a los del Código Civil, del Comercio o al Estatuto de Contratación Estatal y sus leyes y decretos reglamentarios, al regular unos contratos puntuales.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad serán válidas, en general, pero estarán prohibidas en los contratos de consumo.

Las cláusulas restrictivas son aquellas por las que las partes previo al incumplimiento, podrían variar o modificar el régimen normal de responsabilidad y aligerarlo. Esto es posible porque en principio las normas que establecen el régimen de la responsabilidad general —sea contractual o aquilina— tienen un carácter supletivo y dispositivo. Las normas pueden suplir los vacíos que las partes dejen en un contrato y dispositivo, en la medida en que ellas son libres de pactar una exoneración o una limitación de la reparación convencional, según los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil.

Con base en el panorama normativo interno, podría sostenerse, sin lugar a equívocos, que las normas sobre el régimen de la responsabilidad por vía de principio dejan abierta la posibilidad para que las partes, con un pacto en ejercicio de su libertad contractual o negocial por autonomía privada, modifiquen el régimen

72 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 95 y 197.

73 El texto del EC puede verse en www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html

de la responsabilidad mediante cláusulas que podrían ser de agravación o restrictivas del régimen común de la responsabilidad, a menos que esté prohibido.⁷⁴

Lo antes expuesto con base en los Artículos 15, 16⁷⁵ y 1502,⁷⁶ 1602, 1618, inciso 4 del 1604⁷⁷ e incisos 1 y 3 del 1616⁷⁸ del Código Civil, es el régimen general que fundamenta la validez de principio de las cláusulas restrictivas o de irresponsabilidad,⁷⁹ normativa que, además, se aplicaría junto con las normas especiales que regulan cada tipo de contrato.

Así las cosas, existen reglas particulares aplicables solo para las cláusulas restrictivas de responsabilidad en contratos civiles de:

- Compraventa civil (Artículos 1894, 1898 y 1916).
- Depósito (Artículos 2247, 2244, 2263, 2265, 2266, 2271 y 2272).
- Arrendamiento (Artículos 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1989, 1992, 2019, 2020, 2021, 2034 y 2043 del Código Civil) así como el numeral 7 de Artículo 22 de la Ley 820 de 2003.
- Promesa (Artículo 1611).
- Transporte amigable (Artículos 2072 y 2078).
- Construcción (numeral 3, Artículo 2060 y las normas de sismorresistencia).

La normativa general civil de control a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se aplicaría de manera posterior y subsidiaria a aquella especial que se

74 Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones*, 91; Fernando Hinestrosa, *Derecho Civil. Obligaciones* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964), 375-377. Álvaro Pérez, *Teoría general de las obligaciones* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1951), 41; Camilo Vargas, "Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual", *Revista Universitas*, núm. 101 (junio 2001): 483-486; Usuaga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 18, 21-33, 43, 53-55.

75 Fernando Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano* (París: Imprenta París-América, 1926), 25-26.

76 Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 41 y ss.

77 Vélez, *Estudio sobre el Derecho Civil colombiano*, 214-247; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 175.

78 El sentido del Artículo 1604 del Código Civil es el de una norma con carácter dispositivo y admite su derogatoria por acuerdo de las partes. En efecto, así lo considera con acierto la Corte Suprema de Justicia, cuando estima que la regla general de nuestro ordenamiento es la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad como cláusulas que se encuentran autorizadas por el Derecho común, sin perjuicio de normas especiales que las prohíban. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 29 de noviembre de 1946*; Carlos Barrera y Jorge Santos, *El daño justificado* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1997), 86; Rengifo, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 296.

79 Entre los contratos con condiciones generales, en los que usualmente las cláusulas restrictivas de responsabilidad resultan impuestas a la parte débil, se destacan los contratos de servicios bancarios y de transporte. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 29 de noviembre de 1946*; Usuaga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 97-121; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 175.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

aplique a una cláusula que ya se ha considerado válida con la normativa especial. Esa es la forma de complementar y aplicar el régimen adicional de validez, pues el general es aplicable a todas esas cláusulas en cualquier negocio, sea de Derecho privado o público.

Lo mismo sucede en materia de contratos comerciales: primero se aplica el régimen especial específico para cada contrato y, si la cláusula bajo ese régimen es válida, de forma posterior y subsidiaria se aplica también la normativa general civil, pues no hay una general comercial, pero sí la norma que establece que los vacíos del Código de Comercio se suplen con el Civil.

Las normas específicas del Código de Comercio que definen un régimen especial de las cláusulas restrictivas⁸⁰ para cada contrato especial se encuentran en contratos:

- a. De compraventa mercantil (Artículo 936) y, si es internacional, (Artículo 5 de la Convención de Viena, que deja la regulación del tema al Derecho interno).
- b. Bancarios (Artículos 1416 y 1417) y cuando es con consumidores financieros, establece un control para las ciertas cláusulas restrictivas de responsabilidad consideradas abusivas que están en una lista negra (Artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 y el Capítulo VI de la Circular externa 39 de 2001 de la SIF).⁸¹ Existen más que, aunque no fueron citadas en ese listado, podrían llegar a ser abusivas, como las cláusulas suelo con las que los bancos señalan topes mínimos y máximos, que no guardan proporción razonable entre sí para el cobro de interés de obligaciones garantizadas por los usuarios del sistema con préstamos hipotecarios; las cláusulas de redondeo de intereses al alza en créditos con tasa variable, en las que se redondea al dígito inmediatamente siguiente; cláusulas que exigen garantías excesivas como respaldo al crédito; cláusulas por las que se calcula el tipo de interés de acuerdo con el año comercial en las operaciones de activo, es decir, cuando el banco presta sus dineros al cliente, calcula los intereses sobre 360 días, lo cual le encarece el crédito, mientras que

80 Para una explicación de los regímenes de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en cada contrato, puede verse Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 271 y ss.

81 El texto de la circular 039/2011 emitida por la SIF puede verse en http://aress.com.co/docs/circularyanexo-ce039_11.pdf

cuando el cliente tiene sus depósitos en el banco, se le paga interés calculado sobre los 365 días, en una operación que encarece los intereses que debe pagar el usuario, pues no es lo mismo un 14% efectivo anual en 360 días que el calculado en 365 o 366 días del año bisiesto.⁸²

- c. Los contratos de transporte por cualquier medio (Artículo 992, inciso 3, 999) de personas (Artículo 1005), de cosas (Artículo 1031),⁸³ de cosas por mar (Artículos 1614 y 1618). Los pactos de cláusulas de irresponsabilidad deberán respetar el régimen de topes legales mínimos a la indemnización para el equipaje declarado por el pasajero, sea por vía marítima (Artículo 1596), aéreo para equipajes de mano (Artículo 1886) o registrado (Artículo 1887) y aéreo de personas (Artículo 1881).
- d. Depósito en hoteles, clínicas y sanatorios (Artículos 1171, 1195 y 1194).
- e. Contratos turísticos bajo la Ley 300 de 1996 (Artículo 2), cuyo texto fue modificado por la Ley 1558 de 2012 (numeral 13 del Artículo 3). Se pasó a considerar al turista como un consumidor. Los derechos del turista (Artículos 63 a 67), así como el seguro ahora obligatorio de las garantías de servicios a los turistas constituyen un mínimo innegociable, porque son una norma protectora de sus derechos y aplicación del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2012) como norma general que llenaría los vacíos en tema de consumo, a menos que existiera regulación especial (Artículo 2, Ley 1480 de 2011).
- f. Arrendamiento mercantil (Artículos 518, 520, 521, 522, y 524).

En la contratación estatal también existe un régimen especial para las cláusulas de traslados de riesgo, típica finalidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Se destacan como límites de validez de las cláusulas de irresponsabilidad los principios establecidos por la Ley 80 de 1993 que, por ser de orden público, deben respetarse por los pactos de las partes. Así, aunque las cláusulas restrictivas de responsabilidad se pacten en la audiencia de riesgo y consten por escrito, no

82 Para una profundización, puede verse Fernández de Senespleda et al., *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria* (Barcelona: Bosch, 2014), 157 y ss, 183 y ss.; Virginia Múrtula, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos* (Madrid: REUS, 2012), 197 y ss.

83 Para la Sala Civil, los techos indemnizatorios deben respetarse para garantizar un mínimo indemnizable; por tanto, no admiten siquiera una cláusula limitativa o exonerativa que los disminuya. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 8 de septiembre de 2011*, Exp. 11001-3103-026-2000-04366-0.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

se pueden violar (Artículos 13, 23, 32, 24 numeral 5 literal d, 28, 39, 40, 44 numeral 3 y 50 Ley 80 de 1993, Artículo 90, Constitución Nacional), (Artículo 220 Decreto 19 de 2012, Artículo 4, Ley 1150 de 2007 y Artículo 88 del Decreto 2474 de 2008). En todo caso, con respeto por la normativa especial de la contratación estatal, las partes podrán pactar cuáles riesgos previsibles serían asumidos por cada uno de ellos; de esta manera, una vez ese traslado de riesgos en la contratación estatal sea aceptado por las partes, ya no se podría alegar el desequilibrio económico de la ecuación contractual, a fin de que, como antes de las leyes de 2007, la Administración respondiera por una reparación asumida por el contratista; así, mediante estas cláusulas, los riesgos de la construcción de las obras han salido de los riesgos que correspondían a la misma Administración bajo el antiguo principio de equilibrio contractual económico de los contratos estatales, que ya plantea desde 2007 esa excepción, pues, como todos los principios de la Ley 80, sigue siendo de orden público y esto se justifica aún más si ambas partes actúan de manera profesional.

Cabe recordar que la garantía de obtención de la utilidad pasó a ser un riesgo que ya no se asume por el Estado como una norma imperativa de orden público (Artículo 32, Ley 1150 de 2007).

Ahora, los riesgos negociables en la audiencia de riesgos son solo los previsibles, es decir, los normales u ordinarios previsibles al momento de contratar, pues no son riesgos que se pueden asumir en la audiencia aquellos que se consideren anormales, extraordinarios⁸⁴ o imprevisibles, ya que escaparían a la excepción del principio de equilibrio económico del contrato estatal. En todo caso, la Administración tampoco podrá actuar en la negociación, de modo que las cláusulas de exoneración de ciertos riesgos contractuales previsibles sean abusivas porque no fueron equilibradas o no hubo una forma real de negociación, situación que, sin duda, constituirá un nuevo reto judicial.

Con todo, se deberá respetar la normativa civil, pues la misma Ley 80 de 1993 señala que los vacíos de la misma se llenarían con la comercial y luego con la civil, en últimas, aplicable como único régimen general.

Por otra parte, si alguno de los contratos antes mencionados —sea civil, comercial o estatal— es de los que se podría catalogar como de consumo B2C o

84 Consejo de Estado, *Sección II de 26 de febrero de 2004*, Rad.: 25000-23-26-000-1991-07391-01(14043).

b2C, serán pactados por adhesión aquellos contratos celebrados entre un profesional o empresario de una actividad (catalogado como el sujeto fuerte del negocio “B” o incluso una pyme “b”, que podría ser un productor, proveedor, ensamblador, importador o distribuidor, esto es, un sujeto de la cadena distributiva). En la otra parte habría un consumidor o usuario (del tipo “C” como sujeto débil de la relación contractual), desde un concepto amplio de consumidor, por el que sería indiferente si se trata de una persona natural o jurídica, de carácter público o privado. Este último, al estar en una relación de consumo, contratará para satisfacer sus necesidades propias, privadas, domésticas, familiares o empresariales, pero en todo caso, ajenas a su actividad económica profesional, pues el consumidor será entendido como el destinatario final (Artículos 2 y 5 de la Ley 1480 de 2011) y también se le aplicarán las normas sectoriales de consumo.

Las normas de protección del consumidor son de orden público y se aplicarán a aquellos contratos de consumo que carezcan de una reglamentación especial. Las normas de la Ley 1480 de 2011 (EC) establecen que cuando hay norma especial de consumo para un sector específico, el EC solo se aplicaría de manera complementaria o para suplir vacíos de la ley especial; así, será útil al momento de llenar vacíos o completar aquellas normas incompletas frente a la misma norma general del Derecho de consumo (EC).

Esa situación no deja de generar problemas interpretativos y de aplicación práctica frente a la naturaleza que inspira las normas de consumo, las cuales se han basado en el Derecho comparado en cuanto a protección del equilibrio contractual por la relación de asimetría con los débiles, para proteger un ideal de justicia y equidad en las relaciones contractuales; estas deberán estar fundadas en la buena fe contractual, a fin de que los sujetos negociales mantengan un actuar correcto, leal y honesto, que mantenga la transparencia en las negociaciones con base en obligaciones de información, como una de las conquistas del nuevo orden público contractual.

Algo similar ocurre en el Derecho comparado comunitario, en el que la protección a los consumidores se hace a manera de mínimos, es decir, las leyes generales protegen y tienen aplicación general, pero si hay una ley que otorgue una protección superior, se aplica la que mejor lo proteja, de manera que en donde haya vacíos se aplica la ley complementaria y, en todo caso, prima la que otorgue mejor protección a la parte débil incluso en la interpretación.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

La Directiva 13 de 1993 es una directiva de mínimos; sin embargo, se han pensado normas de protección de máximas, por las cuales solo se podrá aplicar lo que se diga allí y como se diga allí, sin lugar a que un Estado la adapte con mayores protecciones ni a una interpretación; solo permite la aplicación de la norma de la manera como aparece. El problema será la renuncia a la soberanía de cada Estado para incorporar las normas a sus realidades, como ocurre con los reglamentos comunitarios.

En Colombia, las leyes de máximas suelen utilizarse para armonizar o unificar las leyes de diferentes Estados frente a problemáticas o temáticas específicas y para un mismo Estado, a menos que se trate de un sistema federal.

Se creería que una acertada interpretación de lo que se debería hacer en Colombia es aplicar la norma especial (EC) que regule el tema de cláusulas restrictivas de responsabilidad y, ante los vacíos que deje dicha norma, podría aplicarse la norma general que trae los criterios de definición, a diferencia de las cinco escasas regulaciones que hay en Colombia sobre el tema, con listas incompletas. Por ejemplo, la Ley de servicios públicos (Artículos 133, Ley 142 de 1994), incluye varias cláusulas restrictivas de responsabilidad en una lista gris que las presume abusivas y admite prueba en contrario de la empresa prestadora para desvirtuar dicha presunción o en la 1328 de 2009 sobre el consumidor financiero.

La tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad depende de la imaginación de las partes y la lista de las que más se usan es solo indicativa e ilustrativa, pues elaborar una exhaustiva es casi imposible;⁸⁵ no obstante, se puede hacer referencia de manera esquemática a las que más se emplean.⁸⁶ También es de aclarar que cuando ellas son ilícitas por ser contrarias al orden público no es que sean abusivas, pero cuando son abusivas por ir en contra del orden público, entonces también son ilícitas.⁸⁷

85 Sobre otros modelos que también forman parte de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, por el detalle del estudio se remite a Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 150.

86 Natalia Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil* (Granada: Comares, 1998), 25 y ss.; José Manuel Gual, "Cláusulas restrictivas de responsabilidad: un acercamiento a sus principales problemáticas", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dir. Álvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez, 2011), 287 y ss.; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 144 y ss.

87 Luis Larraya, *Las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. Artículo 3.1 de la Ley 50/1980 de contrato de seguro* (Navarra: Elcano, 2001), 103-116.

Tampoco la lista de cláusulas abusivas en Colombia no es una, porque existen seis reglamentaciones que a ellas se refieren; por ello, lo ideal sería una lista unificada, aunque cada país suele hacer un elenco de las que más suele usar en su realidad.

En los listados se hallan muchas cláusulas de irresponsabilidad comunes, en especial porque son potencialmente abusivas, pero tampoco son las únicas. También se agrupan por parte de la doctrina en bloques temáticos para tratar de encontrar los puntos comunes que hacen una cláusula abusiva.

Lo cierto es que las normas de Derecho comprado de los contratos tipo y las normas de armonización internacional bajo una técnica de Soft Law tratan de identificar aquellas cláusulas que en común se catalogan como abusivas para crear un sistema único y ficticio armonizado de máximos, es decir, los Estados renuncian a su soberanía y solo aplicarían el test de control de cláusula abusiva a los tipos de cláusulas que aparezcan enunciadas en la lista y, dentro de ellas, las de irresponsabilidad; de tal manera, podría ser una lista gris y una negra, para que solo se controlen las cláusulas que aparezcan en los listados uniformes. Para argumentar estas conclusiones finales bastaría comparar nuestros listados con los de países como Francia, Italia, Alemania o Inglaterra o con los listados de los textos tipo para aproximarse a esa misma conclusión, como sería el CESL y los Principios Acquis.

El problema de esa armonización es que el legislador incluye en los listados de cláusulas abusivas muchas que no son más que tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad. Además, tratar de identificar cuáles son estas cláusulas de irresponsabilidad no resulta fácil. Parecería que lo que se debería hacer, como hasta ahora se ha hecho en Europa, es un listado de modelos de cláusulas restrictivas directas e indirectas, cuyo contenido, efecto o aplicación no es más que restringir las condiciones, el efecto o las consecuencias de la reparación, bien sea directa o indirecta, porque afectan lo sustancial de los contratos o los aspectos procesales de las reclamaciones y, sin que lo más relevante sea su contenido, se mira sin sus efectos.

Esto sucede con las reglamentaciones especiales de las cláusulas restrictivas de responsabilidad que, aunque integradas en unas normas de categoría similar o inferior, son más antiguas, pero especiales. Por ejemplo, la Ley 142 de 1994 para consumidores de servicios públicos domiciliarios (agua, luz y gas) consagra en el

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Artículo 133 un listado gris indicativo, que presume en ellas un abuso de posición dominante, lo cual se ha entendido por la doctrina como un listado de cláusulas presuntamente abusivas. En este evento, lo que puede entenderse es que se trata de un listado tipo de cláusulas presuntamente abusivas, pero al no definir qué es una cláusula abusiva, la Ley 1480 (Artículo 42) podría dar lugar a esa ilustración conceptual con base en un test general fundado en los desequilibrios injustificados que podría entenderse bajos los fundamentos ingleses, alemanes italianos y franceses como contrarias a lo que es correcto, ético, leal, decoroso, razonable o contra la buena fe. Asimismo, la lista negra del Artículo 43 podría ilustrar otras cláusulas restrictivas de responsabilidad que podrían presumirse como abusivas, pues en lo que son similares aplicaría la Ley 142 y sobre todo porque el listado gris y el negro son similares; esta daría lugar a una contradicción que, creería, es aparente.

En tema de consumidores financieros, existe la Ley 1328 de 2009, más antigua, pero especial con respecto a la Ley 1480 de 2011, que se aplica en general para todo contrato de consumo. Aplicar la norma general con la especial serviría para complementar el concepto de cláusula abusiva y el de contrato de consumo, por cuanto sobre ese punto la Ley de 2009 guardó silencio. Ambas controlan solo los contenidos de los contratos de consumo celebrados por adhesión y traen un listado de cláusulas restrictivas negro, pero no taxativo, sino ilustrativo; el listado de la 1480 (Artículo 43) puede servir de complemento para ilustrar otros tipos de cláusulas restrictivas que podrían ser abusivas.

La Ley 1480 de 2011 derogó de manera expresa todas las normas que le sean contrarias y, aunque no señala con exactitud cuáles, lo que sí es claro es que eliminó, de forma tácita, al antiguo Estatuto del Consumidor (Decreto 3466 de 1982). Respecto a las normas especiales de consumo, eso no parece ser así, pues se refieren a temas muy especiales con normas del mismo nivel o muy especializadas que no se regularon en la Ley 1480 de 2011.

En el Derecho comparado coexistieron varias normativas específicas mediante la expedición de directivas comunitarias de varias temáticas en contratos especiales de consumo, las cuales se fueron incorporando a los códigos internos de cada país, hasta que llevaron a una gran reforma en cada uno de ellos, pues dejaron manera en un solo cuerpo normativo la regulación de contratos de consumo, sea en un Código de Consumo como en Italia en 2005 o con un Código que

se adaptó a las nuevas directivas como en Alemania en 2000 con su BGB y los proyectos de reforma franceses que van adaptando reformas a sus Códigos Civil, de Comercio y de Consumo.

La Ley 1480 de 2011 llenó un vacío: el del concepto general del test que se aplica a las cláusulas contractuales para determinar si son abusivas, pues ninguna otra norma lo tenía. Además, deja que el texto sea de aplicación complementaria a falta de norma especial, así que no habría una contradicción entre esas normas del mismo nivel si se aplican de manera armónica.

En el Artículo 42 de la Ley 1480 como test general de abusividad, no es claro cuándo se está ante un desequilibrio que determine que una cláusula es abusiva, pero si se observan los estudios teóricos sobre el tema, se podría concluir que son dos los factores que, a la luz de los sistemas inglés, alemán, italiano y francés, lo determinarían, pues no se trata de una fórmula matemática y por ello, pese a la utilidad del test, es difícil saber cuándo se está ante una cláusula restrictiva de responsabilidad abusiva que no aparece en los listados general o especial, pues estos son solo criterios orientadores que las partes podrían combinar y crear cláusulas mixtas entre restrictivas por efectos y contenido, como serían las que restringen los términos de garantía por debajo del legal.

Así, cuando el Artículo 42 de la Ley 1480 consagra un desequilibrio de cierta entidad y magnitud, es claro que debe ser normativo y significativo; no todo desequilibrio ocasionado por una cláusula de irresponsabilidad genera abusividad. Cuando la Ley hace referencia a que tenga cierta magnitud, quiere decir que debe ser importante o significativo y cuando establece que se necesita que sea de cierta entidad, no es más que sea normativo, esto es, entre los derechos y las obligaciones de las partes. Cuando se refiere a que deberá ser injustificado, es que no esté compensado razonablemente con una contraprestación que lo justifique.

Si el concepto del Artículo 42 se analiza junto con los listados del Artículo 43 y las demás normas de cláusulas abusivas restrictivas de responsabilidad,⁸⁸ ese criterio que marcaría el desequilibrio sería el de la desproporción manifiesta, el cual no se traduce necesariamente en un tema económico —aunque podrían coincidir— sino en el ejercicio de los derechos. Entonces, se deberá acudir a reglas supletivas, con el fin de observar qué fue lo que se restringió con la cláusula de

88 Pueden verse los cuadros de síntesis normativa de las cláusulas abusivas restrictivas de responsabilidad según el criterio de listas en Colombia al final de este capítulo.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

irresponsabilidad; de esta manera, serán: de una parte, la unilateralidad, que no es más que restringir los derechos contractuales a una de las partes a favor de la otra, y, de otra parte, sería la falta de reciprocidad y conmutatividad injustificada entre derechos, lo que se traduce en una falta de proporcionalidad contractual como una desventaja desprovista ante la falta de una contrapartida o algo que equilibre, es decir, un desequilibrio injustificado o poco razonable, así como la falta de transparencia contractual mediante una redacción oscura también, lo cual es un criterio de apreciación del desequilibrio, porque contraría el imperativo de buena fe.⁸⁹ También será violatorio de este principio la falta de informaciones claras, precisas, inteligibles y en la lengua de las partes que se entreguen al consumidor.

Se trata de un análisis que se hará caso por caso, con la ponderación del desequilibrio, para verificar el unilateralismo de derecho a una de las partes y las negaciones de derechos a la contraparte, al eliminar al acreedor sus derechos o dar al deudor poderes discrecionales.

Las listas muestran que son fuente potencial de abusos, pero las que allí aparezcan perfectamente podrían equilibrarse. La labor difícil para el legislador al establecer listas grises y negras es que sean equitativas con el mercado y el Derecho, pues establecer listas negras es fácil, pero no lo más conveniente, porque son límites a la autonomía privada que algunas veces pueden resultar excesivos.

Respecto a otros contratos, existen normas inferiores que regulan también las cláusulas restrictivas dentro de las que podrían ser abusivas en tema de:

- a. Telecomunicaciones: la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) emitió la Resolución 3066 de 2011 que, para servicios de comunicaciones y sin hacer mención a un concepto de abusividad como tal, establece nueve cláusulas *per se* prohibidas en una lista negra (Artículo 14) que incluye a las restrictivas de responsabilidad. Esto no parece contradecir la norma general del Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011 que, en principio, permite al juez declarar otras cláusulas como abusivas bajo un criterio general del test de abusividad, sin que se limite al solo criterio de

.....
89 La falta de transparencia en contractual suele darse en donde una de las partes puede explotar de manera excesiva a la otra por su situación de inferioridad, como sería la del consumidor o la del pyme en los contratos en los que enfrentan a un gran empresario. En los sistemas mencionados no se controlan los precios o las obligaciones principales por medio de las Directivas europeas 13/93 y 83/11 si las cláusulas son claras.

listas (Artículo 43), ya que estas no son más que una guía indicativa para el intérprete y las partes contractuales.

Podría pensarse que operaría una derogatoria tácita de la normativa inferior, por cuanto la misma Ley 1480, en su Artículo 84, deroga todas las leyes que le sean contrarias, pero por ser ley especial, no la deroga, sino que la complementa a fin de que se ilustre el tipo de cláusulas que entran dentro de esa gran tipología de cláusulas abusivas.

Además, el Artículo 2 de la Ley 1480 de 2011 deja que las leyes especiales se apliquen a los casos que estas regulen, por lo que se aplica de manera complementaria; así, con el test del Artículo 42 y con el criterio orientador de listas del Artículo 43, el juez podría definir qué otras cláusulas sean consideradas abusivas. De este modo, la ley especial tendrá preferencia sobre la general, pero si son del mismo nivel, parecería que se debe aplicar la general de forma complementaria; si hubiera contradicción entre la general superior y la especial e inferior, se deberá recurrir a la que favorezca al consumidor en aplicación del principio *pro consumatore*.

- b. Servicios postales: la misma CRC también profirió la Resolución 3038 del 4 de abril de 2011 para contratos de servicios postales y estableció (Artículo 7) cuatro cláusulas que serían prohibidas *per se*, porque son contra los usuarios del servicio, según el criterio de lista negra y sin una definición de cláusula abusiva. Bajo parámetros generales, se deduce que son así, pues son modelos de cláusulas restrictivas de responsabilidad del prestador de los servicios. Esta Resolución merece el mismo comentario que la Resolución 3066 en cuanto a la manera de integrar su interpretación con el EC y se remite a esa posición ya comentada.

Servicio de televisión: la Comisión Nacional de Televisión (CNT) profiere el Acuerdo 11 del 24 de noviembre de 2006 aplicable al servicio de televisión por suscripción y establece, en su Artículo 25, un listado de cláusulas consideradas objetables, para hacer referencia a que están prohibidas las cláusulas restrictivas de responsabilidad de los operadores del servicio, bajo la modalidad de una lista negra de cláusulas abusivas por ser contrarias a la buena fe. El Acuerdo reconoce la jerarquía de la norma general de consumo Ley 1480 de 2011 y los somete al Estatuto del Consumidor; así, se podría complementar el Acuerdo con la Ley 1480, al menos en el criterio de abusividad general.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

En todo caso, la aplicación del EC no es fácil de manera armoniosa, pues aunque es una norma general y común para los contratos donde hay consumidores, en algunos eventos será supletiva cuando no haya ley especial o complementaria en lo que no sea contradictorio y especial cuando no haya otra norma que regule el tema, además de las excepciones que el mismo Estatuto indica para que sea aplicado junto con las normas especiales.⁹⁰ Creería que la norma debió consagrarse para ser aplicable siempre de modo complementario con las normas especiales, a fin de llenar los vacíos de estas y, en caso de contradicción, debió señalar que primaría la que fuera más favorable al consumidor, por aquello del principio *pro consumatore*.

El sistema colombiano tampoco es ajeno a la existencia de los pactos convencionales sobre la responsabilidad ni a su uso habitual mediante la forma de cláusulas restrictivas de la responsabilidad por parte del deudor, quien suele preestablecerlas en el contenido de los contratos por él elaborados mediante módulos y formularios celebrados por adhesión de la otra parte.⁹¹ Esas cláusulas se incluyen en contratos bancarios, de transporte de mercancías y personas, *leasing*, depósito, ventas y arriendos inmobiliarios, servicios de telefonía móvil y de televisión por cable⁹² y servicios recreativos como parques de diversión y piscinas de hoteles, con las que se pretende limitar la responsabilidad por los daños.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional,⁹³ con base en la foránea, reconocen la existencia de las posiciones a favor y en contra de la validez de los pactos restrictivos de responsabilidad y optan por las teorías que

90 Magdalena Correa, "El estatuto del consumidor. Aspectos generales sobre la naturaleza, ámbitos de aplicación y carácter de sus normas", en *Perspectivas del Derecho del consumo* dir. Carmen Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 109 y ss.

91 Jaime Arrubla, *Contratos mercantiles*. Tomo III (Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2006), 80.

92 La Corte reconoce que las cláusulas sobre la responsabilidad son propias de los contratos de adhesión. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 de julio de 1938*.

93 Las reglas generales sobre la responsabilidad, establecidas en los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil, pueden ser modificadas en caso especiales para atenuar o para eximir la responsabilidad del deudor por vía convencional cuando tal convención sea lícita. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*. La cláusula restrictiva de responsabilidad se considera lícita si el incumplimiento no deriva de una conducta cometida por el deudor o sus auxiliares con culpa grave o dolo; de lo contrario, será nula, de acuerdo con los Artículos 63, 1522 y 1523 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 1962*. De esta manera, con claridad y sin lugar a equívocos, la jurisprudencia reconoce la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, aunque sometidas a determinados controles de validez. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*. Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 174; Velázquez, *Estudio sobre obligaciones*, 751 y ss.

reconocen la validez de principio de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad.

Por la intensidad o los grados⁹⁴ como afectan la reparación, las cláusulas de irresponsabilidad se diferencian entre limitativas y exonerativas,⁹⁵ pero al ver que sus consecuencias no muestran verdaderas distinciones prácticas, son tratadas y reguladas bajo una única disciplina,⁹⁶ al punto de que además de someten a los mismos requisitos de existencia y controles de validez y se les otorgan similares efectos.⁹⁷

No obstante, en los ordenamientos francés e italiano, se insiste en dar un mismo régimen y tratamiento a ambas especies de cláusulas restrictivas de

94 Se reconoce la amplia forma en la que ambos tipos de cláusulas restrictivas de responsabilidad operan: una la suprime y otra la atenúa. En otras palabras, en una cláusula opera una exoneración total, al establecerse que no se responderá por el daño en ciertas condiciones, mientras en la otra cláusula, esa exoneración es solo parcial, al definirse que no se responderá más allá de un límite señalado, por ejemplo, en una cierta suma o en cierto término. Henri Mazeaud, León Mazeaud y Chabas François, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Conventions de responsabilité, clause pénale, assurances de responsabilité, fonds de garantie* (París: Montchrestien, 1983), 3 y 135. La cláusula limitativa de responsabilidad constituye un diminutivo de la cláusula de no responsabilidad, término este último usado también para hacer referencia a la cláusula de exoneración. Jean Carbonnier, *Droit civil, Les obligations. Tome 4* (París: Presses Universitaires de France, 2000), 330.

95 No obstante se reconocen ambas cláusulas restrictivas de responsabilidad, estas tienen conceptos diferentes. Ambas se toman dentro de las cláusulas sobre la responsabilidad, concepto amplio según el cual pueden afectar las condiciones y los efectos del incumplimiento. En general, los pactos limitativos de responsabilidad no exoneran por completo, pero atenúan los efectos o los supuestos de responsabilidad, mientras los exoneradores provocan que el deudor se libere de la responsabilidad por incumplimiento, es decir, de la obligación de la reparación. Mariano Yzquierdo, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual* (Madrid: Dykinson, 2001), 344-345; Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado práctico de Derecho Civil francés, las obligaciones*. Tomo VI (La Habana: Cultural, 1946), 575. Aunque el sistema italiano superó la problemática de las diferencias conceptuales entre las dos cláusulas restrictivas de responsabilidad, es claro que el aspecto de la intensidad del efecto exonerativo es el que determina la diferencia de los conceptos de ambas. Ponzanelli, "Le clausole di esonerazione dalla responsabilità", en *La responsabilità civile*, 17. En efecto, en el Derecho francés hay quien ubica ambos tipos de cláusulas dentro de las relativas a la inexecución contractual, al hacer referencia a la intensidad de sus efectos. Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité civile* (París: Dalloz, 2002), 322 y 329. De una manera general, se ubican dentro de un tipo de cláusulas sobre la responsabilidad, por cuanto con ellas se logra limitar o excluir el derecho a la reparación. Esta amplia clasificación permitiría ubicarlas dentro de las cláusulas de irresponsabilidad, aunque por sus efectos, en las cláusulas que recaen sobre las obligaciones contractuales, si lo que se pretende es disminuir la reparación, como un tipo de cláusulas de exoneración y limitativas de responsabilidad (cláusulas de no responsabilidad o irresponsabilidad). Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 440 y ss.

96 Pierre Robino, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine* (París: Sirey, 1951), 1 y ss.; Philippe Delebecque y Denis Mazeaud, "Les clauses de responsabilité: clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales: rapport français", en *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles: études de droit comparé*, ed., comp. o dir. Marcel Fontaine y Genevieve Viney (París: LGDJ, 2001), 381 y ss.

97 La jurisprudencia reconoce mayor gravedad a la cláusula de exoneración de responsabilidad que a aquella de limitación, pues esta última garantiza, al menos, un resarcimiento incompleto. Grazia Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari Clausole di esclusione o limitazione del risarcimento artt 1228-1229* (Milán: Giuffrè, 2003), 186.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

responsabilidad, pese a que deben discriminarse por el grado o los alcances de sus efectos exoneratorios cuando con ellas se priva o aligera al acreedor de las garantías normales que le otorga a sus intereses el régimen normal de la responsabilidad⁹⁸ y que ahora, con las cláusulas de irresponsabilidad, se pretende limitar sus alcances o establecer techos que enmarcan la reparación.

Con fundamento en la similitud de las normas internas con las foráneas, mediante aplicación directa de los Artículos 1604 y 1616 del Código Civil se evidencia que el régimen de la responsabilidad está abierto a las disposiciones de las partes para modificarlo y solo ante el silencio de estas se aplicarán de manera supletoria a los vacíos de la voluntad contractual que incrementa los grados de diligencia si el contrato genera beneficio a una u otra parte o a ambas y que, según como se cometa el daño, se pagarán los previsibles e imprevisibles al momento de contratar.⁹⁹

Por último, dos comentarios. Uno, con respecto al Derecho Contractual Laboral en virtud del Artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo: el incumplimiento anticipado de las obligaciones patronales derivadas de contratos laborales no admite la validez de cláusulas restrictivas de la responsabilidad de los patronos, pues los trabajadores no solo son una parte débil, sino que sus normas son una conquista que obedece a razones de orden público por principios sociales y de dignidad humana para que su medio de sustento no sea afectado.

El otro, sobre el Derecho Penal: podría sostenerse que tampoco es válida una cláusula restrictiva de la responsabilidad por la que el autor de un delito pretenda exonerarse de la reparación proveniente de un incumplimiento contractual que es consecuencia de su propio comportamiento punible.¹⁰⁰

.....
98 Joachim Schmidt-Salzer, "Les clauses limitatives ou exonératoires en Droit allemand", en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe: Actes du colloque des 13-14 déc. 1990*, dir. Jacques Ghestin y Centre de Droit des Obligations de l'Université de Paris 1 (Paris: LGDJ, 1991), 64-65.

99 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462, p. 19. En sentido similar se manifiesta la doctrina. Rengifo, *Del abuso del Derecho al abuso de la posición dominante*, 336.

100 Sin embargo, en la jurisprudencia italiana, el tema tiene dos fallos de la década del sesenta y dos de la década del cincuenta en sentido contrario al que se ha planteado. Ponzanelli, "Le clause di esonero dalla responsabilità", en *La responsabilità civile*, 366 ss. La Casación Civil colombiana ha aplicado con acierto la teoría por la cual una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad derivada de un ilícito penal es inválida; así, ante un fraude mediante cheque derivado de un descuido del titular de la cuenta por los cheques que falsificó su empleado de confianza, tal descuido se consideró como una culpa grave o dolo del titular; se le condenó a asumir el daño y se le prohibió que mediante pacto pudiera exonerarse de esa conducta delictual del empleado. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*.

Sección 3. Eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

En Colombia existe la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad de exoneración o limitación, como quiera que se carece de una norma que prohíba su validez,¹⁰¹ el principio no es otro que aquel según el cual, con base en la libertad contractual, ellas podrán pactarse en la medida de que se cumplan los requisitos sin los que dichas cláusulas no existirían.

Por otra parte, ellas serán válidas solo si son conformes a los límites que el orden público contractual les impone,¹⁰² por cuanto las normas que permiten a las partes modificar el régimen normal de la responsabilidad establecido de manera supletiva para los contratos varía, según quién sea el sujeto beneficiario de los mismos (Artículo 1604, Código Civil) o de la forma como ocasiona los daños (Artículo 1616, Código Civil); así, autorizan la alteración de la responsabilidad, pero con respeto de ciertos requisitos de orden público contractual (Artículos 15 y 16, Código Civil).¹⁰³ También existe una serie de normas que prohíbe ciertas cláusulas en ciertos tipos especiales de contratos, como sería el caso de su proscripción en una lista negra para los contratos de consumo (Artículo 43, Ley 1480 de 2011) y en los que esa prohibición se ha establecido por reglamentación especial.

Condiciones de existencia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

A causa de la existencia de un régimen de responsabilidad dispositivo, las partes podrán pactar, previo al incumplimiento o a la comisión del daño, cláusulas de irresponsabilidad de limitación o de exoneración.¹⁰⁴

101 En Colombia, alguna parte de la doctrina sostiene la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en especial las de aquellas referidas a una exoneración total de la responsabilidad del deudor; otra parte, en cambio, con una posición que parece bastante acertada, sostiene su validez siempre que ellas cumplan con algunos requisitos. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Juan Manuel Díaz-Granados Ortiz, *El seguro de responsabilidad* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 80-81.

102 Se ha admitido la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y se considera que “las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual no tienen otra finalidad que la de traspasar al acreedor los riesgos que, de acuerdo con la ley, pesarían sobre el deudor. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462.

103 Cámara de Comercio, *Laudo arbitral de 3 de agosto de 1994. Amocar-Abocol vs. Aseguradoras Grancolombiana, Colseguros y Seguros Caribe*. En doctrina, Barrera y Santos, *El daño justificado*, 84.

104 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462. En doctrina, Suescún, *Derecho privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial contemporáneo*, 343. Con el concepto cláusulas de exoneración de responsabilidad se suele identificar a las de no responsabilidad. Barrera y Santos, *El daño justificado*,

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Esos pactos, como manifestación o disposición de la voluntad de las partes, podrían restringir o aligerar el régimen de la responsabilidad o reparación de daños. Así, por ejemplo, es posible:

- Disminuir los grados de diligencia, pericia o prudencia que les corresponden a las partes para responder por uno inferior.
- Establecer *plafonds* monetarios, que funcionarían como topes para la reparación y limitarían la entidad del daño.
- Exonerarse de responsabilidad cuando el daño provenga de determinados eventos.¹⁰⁵
- Pactar que solo se responderá por ciertos tipos de incumplimiento.
- Con una proscripción voluntaria de las partes, pactar que, por ciertas acciones, ya no se tendría derecho o que no se pudiera iniciarlas procesalmente contra el deudor en un proceso de responsabilidad.

A esos similares resultados se podría llegar como consecuencia de ciertos pactos que aunque no ocasionen la renuncia anticipada de las acciones, sí las dificulten procesalmente, como sería señalar mayores requisitos de los normales, invertir la carga de la prueba o tarifar los medios por los que se probaría algún evento.¹⁰⁶

La validez general de principio de estos pactos estará condicionada por ciertos controles que son impuestos por el orden público contractual.¹⁰⁷ De lo mencionado no se podría hablar si cláusula restrictiva de responsabilidad no existiera, pues para que ella pueda estudiarse, controlar judicialmente y produzca algún

83. Las cláusulas restrictivas o de atenuación de responsabilidad pueden ser de dos modalidades: de exoneración y de limitación. Hinestrosa, *Derecho Civil. Obligaciones*, 377. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de pactar con validez cláusulas de no responsabilidad cuando el incumplimiento deriva de la culpa de los auxiliares del acreedor de la cláusula. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 23 septiembre de 2002*, Exp. 6581.

105 Las cláusulas restrictivas de responsabilidad buscan perdonar ciertas culpas del deudor. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 85-86.

106 Un listado ejemplificativo se puede consultar en Cristina Menichino, *Responsabilità oggettiva e clausole di esonero e di limitazione della responsabilità contrattuale* (Milán: Cuem, 2006), 160 y ss.

107 Ante un pacto, las partes no pueden contrariar el orden público, las buenas costumbres y en especial las normas imperativas. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 diciembre de 1970*. El orden público, bajo el argumento a contrario (*a contrariis*), subordina el pacto de responsabilidad a condiciones determinadas como el respeto de las normas de orden público; de esta manera, será posible derogar las normas que no son de orden público. Vincenzo Roppo, *Istituzioni di Diritto Privato* (Bologna: Monduzi, 1998), 38. La doctrina mayoritaria sostiene con acierto la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y subordina su validez al respeto de ciertos límites, pues sostener una inadmisión de ellas pondría al comercio en condiciones de inferioridad frente a aquellas Naciones que cuidadosamente las han admitido. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 87-90.

efecto, se requieren tres condiciones o características que determinan su existencia. Esas condiciones son:

- a. Que sea un pacto entre dos o más sujetos con los requisitos de capacidad que un acto de voluntad implica.¹⁰⁸ Hay que precisar que, por tratarse de un pacto, las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad deben ser entendidas en primer lugar como un acuerdo sobre el contenido de la predisposición y la naturaleza del precepto, como acto de disposición de interés, es decir, cláusulas como tales, en su sentido sustancial.

Solo así se podrían aplicar los controles de validez que corresponden a las disposiciones, los acuerdos o pactos contractuales. Es posible que en un contrato las partes transcriban normas de ley y, aunque en tal evento desde el punto de vista formal se esté ante una cláusula, en realidad se trata de una disposición legal que se ha transcrito en un contrato y sin disposición; es solo la repetición de una norma de ley que suple la voluntad de las partes y opera como una mera disposición con forma de cláusula, es decir, un precepto contractual que tan solo es una cláusula en sentido formal, pero no podría controlarse como un acto de autonomía privada, porque es una simple disposición legal.¹⁰⁹

- b. Que ese pacto sobre la responsabilidad sea previo o precedente al incumplimiento o a la comisión del hecho ilícito fuente de responsabilidad,¹¹⁰ es decir, que sea una manifestación de voluntad *ex ante*, pues si en cambio fuera *ex post* (luego de la ocurrencia del daño o perjuicio), las partes estarían inmersas en otras figuras o negocios, como serían los medios de extinción de obligaciones, como sería el caso de una transacción que ocurriría cuando ambas partes, conocedoras de la posible reparación en la que se incurriría por el daño ocasionado, deciden hacerse concesiones mutuas e incluso cuando, sucedido el daño, una de las partes decide hacer una remisión

108 Esta característica marca la diferencia con las limitaciones legales de responsabilidad cuyo fundamento no reside en un acuerdo de voluntades, sino en una disposición del legislador, que ha considerado conveniente establecer un límite a la responsabilidad, con fundamento en principios de orden público. Ponzanelli, *Le clause di esonero dalla responsabilità civile*, 13 y ss.

109 Gianlucca Sicchiero, *La clausola contrattuale* (Padua: Cedam, 2003), 1-37; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 98.

110 Esta constante se ha confirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema francesa en numerosos pronunciamientos entre 1983 y 1994. Henri Mazeaud, Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de Droit Civil, obligations*. Tomo I. 9a ed. (París: Montchrestien, 1998), 759.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

o perdonar la deuda por la renuncia total o parcial del crédito;¹¹¹ en todo caso, se está ante dos figuras muy distintas a las cláusulas de irresponsabilidad, no obstante la amplitud de su tipología.

- c. Que con ese pacto o esa declaración de voluntad entre los sujetos haya una manifestación para limitar o exonerar de responsabilidad. La cláusula, por su contenido, efecto o aplicación, deberá mostrar que las partes han pretendido con ella renunciar o limitar la responsabilidad del deudor.

Entre las partes deberá haber un pacto en el que el contenido de las cláusulas se haya conocido y aceptado por ambas, bien sea de manera tácita o expresa. Por lo general, ese pacto es consensual pero que en algunos contratos, para probarla y para que exista como estipulación, se exige que se haga por escrito como formalidad *ad substantiam actus*. Así lo exige la ley en temas de transporte de mercancías y contratos estatales; en los contratos que tienen que ser por escrito, violar ese requisito de validez de forma generaría su ineficacia por falta de existencia.¹¹²

Con respecto al requisito de la aceptación de la cláusula restrictiva, a quien se le dirige tal declaración (potencial acreedor-víctima del incumplimiento) deberá, como parte débil, ejercer actos que demuestren con certeza su consentimiento¹¹³ sobre el pacto de la cláusula de limitación o exoneración para que esta pueda ser tomada por aceptada.

111 El pacto de cláusulas de exoneración y limitación es previo al incumplimiento, por cuanto se hace alusión a un derecho objetivo como la exclusión total o parcial o la limitación de la responsabilidad antes de que se produzca el daño, al constituir un acto de exclusión de la eficacia de la ley. Es diferente de la renuncia, figura que se refiere a dejar un derecho que se posee, pues no se puede renunciar un derecho que no se posee; por ello, la renuncia recae sobre el derecho subjetivo. Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 12 y 116.

112 Para los contratos de adhesión se ha incluido en el Artículo 1341 del Código Civil el requisito formal *ab substantian* de la aceptación por escrito de la cláusula de limitación y exoneración de responsabilidad; si no se cumple tal condición, faltaría el consentimiento y, en consecuencia, la cláusula sería ineficaz. Frente a un contrato estándar, no vale un conocimiento o una aceptación tácita, sino que deberá ser expresa y por escrito. La doctrina ha sostenido que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad establecidas por el productor en las envolturas o instrucciones de los productos debían ser consideradas irrelevantes para el Derecho, pues no parece que, a razón de la compra del producto, se pueda catalogar ese hecho como concluyente e inequívoco de una aceptación tácita de la cláusula restrictiva de responsabilidad. Ugo Carnevalli, *La responsabilità del produttore* (Milán: Giuffrè, 1974), 394. Sin embargo, surge la inquietud de saber qué pasaría si se comprueba que ese consumidor las ha aceptado por comprar con frecuencia, pues parecería que ningún consumidor actúa sin leer cuando comete una conducta repetitiva. De todas formas, tocaría aplicar la presunción de abusividad bajo el criterio de las listas.

113 Para que haya aceptación de la cláusula, quien da su consentimiento debe ser capaz, pues de lo contrario, sería nula. Luis Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual, estudio comparado de las normas españolas, francesas y estadounidenses* (Bogotá: Temis, 2006), 120 a 122.

El Derecho moderno de contratos da gran importancia al consentimiento del acreedor que se enfrenta a un contrato con cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, al punto de que para que las cláusulas sean eficaces en los negocios entre partes desiguales, no basta que el acreedor las haya conocido, sino que, además, se hace necesaria su aceptación,¹¹⁴ pues resulta lógico que de faltar la aceptación de la cláusula, no se estaría ante un pacto restrictivo de responsabilidad celebrado con validez.¹¹⁵

Límites de validez común a todo contrato con cláusulas restrictivas de responsabilidad

En cuanto a los límites de validez generales o comunes para todo contrato, estos son impuestos por el orden público, caracterizado por ser un criterio controvertido

114 Una aceptación tácita en contratos entre partes iguales podría bastar, pero el beneficiario de una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad deberá aportar una prueba del consentimiento de la otra parte. Paul Durand, *Des conventions d'irresponsabilité* (París: Universidad de París, Facultad de Derecho, 1931), 46 y 104. Piénsese en aquellas cláusulas restrictivas de responsabilidad que figuran en los afiches ubicados en el lugar de cumplimiento del contrato, como los colocados al ingreso de garajes, hoteles, estaciones de transporte o las que aparecen en recibos, billetes, comprobante de depósito, etc., que se entregan una vez se ha celebrado el contrato. Alguna parte de la doctrina considera que podría hablarse de una presunción de conocimiento de la cláusula si el acreedor tuvo la posibilidad de conocerla, con la idea de que la no objeción equivale a su aceptación. Esta posición facilitaría la postura empresarial cuando las cláusulas resultan insertadas en boletas, tiquetes o carteles; sin embargo, esta última no parece ser la más acertada, porque daría lugar a abusos por la parte fuerte, ya que ella prestablece el contenido del contrato y sus cláusulas mediante un contrato de adhesión sin posibilidades de negociación. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 6 marzo de 1972*; Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 46. Barrera y Santos, *El daño justificado*, 97. Con acierto, la aceptación de la cláusula es un requisito para que esta exista; así lo acogió el Consejo de Estado con motivo de un contrato de servicios hospitalarios con el que se pretendía exonerar de responsabilidad con ocasión de la prestación de un servicio médico, pero la cláusula no se consideró válida frente al paciente, sino entre las instituciones de salud; por tanto, se les condenó solidariamente. Consejo de Estado, *Sección III de 30 de julio de 2008*, Rad.: 52001-23-31-000-1996-08167-01(16483). Posición similar sobre la aceptación como requisito de existencia y oponibilidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se había sostenido para el caso de una EPS en Consejo de Estado, *Sección III de 23 de septiembre de 2009*, Exp. 17892.

115 Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad no pueden confundirse con la asunción o aceptación del riesgo, figura esta última en la que opera el consentimiento del titular del derecho para sufrir un perjuicio derivado de un acto o comportamiento específico del deudor. La diferencia radica en que la figura de la asunción del riesgo solo opera cuando la culpa del deudor no está probada, pues si se llegara a probar, la figura carecería de efectos. En las cláusulas de exoneración o limitación, se excluye la responsabilidad del deudor aun por un incumplimiento culpable. Se está en presencia de la figura de la asunción de riesgos en la medida en que la culpa del deudor no opere o que el defecto sea tan evidente e importante que llame la atención de quien va a asumir el riesgo, de modo que sea consciente de la existencia del riesgo y de la posibilidad de que se produzca un daño, así como de la gravedad de este último, por ejemplo, una persona, conocedora del evidente estado de embriaguez de otra, decide subir al vehículo conducido por la embriagada; en este caso, la persona que sube al vehículo asume los riesgos de un accidente, derivado de un transporte a título de cortesía. Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 18. Jean Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile* (París: Pichon & Durand-Auzias, 1969), 206 y ss. Mazeaud, Mazeaud y Chabas, *Leçons de Droit Civil, obligations*, 759.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

debido a su indeterminación evolutiva, pero en todo caso deberá ser respetado, pues el respeto es condición de validez para cualquier tipo de negocio jurídico y, dentro de estos, las cláusulas de irresponsabilidad, porque su concepto contiene prohibiciones sociales aplicables a toda manifestación de la libertad contractual.¹¹⁶ En el Derecho privado son de orden público los principios en cuya conservación tanto el Estado y la sociedad tienen un interés considerable. Es un concepto totalizador que engloba tanto a las buenas costumbres¹¹⁷ como a las normas imperativas¹¹⁸ y, al estar inspirado en el interés colectivo general, tiene por finalidad asegurar la organización de la sociedad y su correcto funcionamiento.

Debido a que el orden público contractual carece de una definición precisa, por su carácter evolutivo para adecuarse a las realidades concretas, utiliza como medio la jurisprudencia que, para identificar cuáles normas son de orden público y cuáles de orden privado, observa el fundamento y fin de cada norma, con el objeto de poder determinar cuál es el verdadero carácter de un texto de ley, según se haya dirigido o destinado en beneficio de la comunidad.¹¹⁹

El orden público, como límite a la autonomía privada por ser un concepto evolutivo y amplio, incluye los principios de la estructura política y económica de

116 François Terre, Philippe Simler y Yves Laquette, *Droit Civil. Les obligations* (Paris: Dalloz, 2013), 373 y ss.; Mauricio Tapia, *Código Civil 1855-2005 evolución y perspectivas* (Santiago: Jurídica de Chile, 2005), 231-236, 243-253, 259-260.

117 Las buenas costumbres, como aspecto moral del orden público, han evolucionado para controlar la inmoralidad y las malas prácticas comerciales, como serían los abusos de poder. Así, el modelo del hombre perfecto no parece abandonado, sino complementado con el del buen comerciante. Las buenas costumbres son una noción que deberá interpretarse por medio de las conductas internas socialmente tolerables en un contexto determinado. Tapia, *Código Civil 1855-2005 evolución y perspectivas*, 262.

118 Se consideran normas imperativas, en principio: los derechos de la personalidad, las proposiciones jurídicas que protegen a la parte más débil desde el ángulo social o económico contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que amenace sus bienes más esenciales. En fin, si al derogar un texto legal, una estipulación contractual ataca a las buenas costumbres, esa norma suprimida reviste un carácter imperativo. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1938*. Las normas imperativas son reconocidas como un límite a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad y, en caso de contrariarlas, serán nulas (Artículo 899 del Código del Comercio), sanción que, en un sentido genérico e impreciso, se entiende como ineficacia (literal a, numeral 2, Artículo 184; inciso 2, numeral 4, Artículo 98 y numeral 3, Artículo 100, Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670, folio 38; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 19 febrero de 2003*, Exp. 6571, folio 35. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 mayo de 1946*.

119 Los derechos originados en leyes permisivas admiten su renuncia; en cambio, son irrenunciables aquellos derechos cuya renuncia está prohibida por normas de orden público, de interés colectivo y social, por normas imperativas o las buenas costumbres, por ejemplo, según el Código Civil, no se puede renunciar al derecho a hacer uso de la acción de nulidad (Artículo 1526), al derecho de pedir la nulidad (Artículo 1673) y al derecho a intentar la acción rescisoria por lesión (Artículo 1950). Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de junio de 1940*.

la sociedad, que son intrínsecos a la normativa jurídica vigente. De esta manera, el orden público¹²⁰ se ha concebido con dos acepciones:

- Orden público político, compuesto por la noción clásica de orden público encaminado a proteger la estructura del Estado, de la familia, la libertad y la integridad de los individuos.
- Orden público económico, con sus orígenes en el siglo XX de la época contemporánea. Se caracteriza por expresarse mediante un sentido intervencionista dentro del cual se distinguen: por una parte, el orden público económico de protección, cuya finalidad es proteger en ciertas relaciones contractuales a la parte débil o al contratante que sufrió la imposición de ciertas condiciones inequitativas. Dentro de este se encuentra toda la normativa de protección de consumidores y, por otra, el orden público económico de estructura y dirección económica, constituido por los criterios que conducen la actividad económica e incluye la normativa anti-monopolística y contra la competencia desleal.

Para todo contrato civil o mercantil, esos límites de orden público se basan en las normas generales de los contratos o negocios jurídicos (Artículos 1519 y 16, Código Civil), pues las cláusulas restrictivas de responsabilidad funcionan como un negocio jurídico autónomo y, como tal, no son más que una cláusula dentro de un contrato, con la cual el deudor, antes de la ocurrencia de los daños o perjuicios, pacta con su acreedor para restringir la responsabilidad que se puede generar, con independencia de la nominación que se le dé a la cláusula, si con su contenido, sus efectos o su aplicación recae sobre las consecuencias, condiciones o efectos de la responsabilidad, de manera que habría una limitación o exoneración de la reparación debida por el deudor.

Los controles de orden público contractual aplicables a las cláusulas restrictivas por razones de orden público contractual se aplicarán en general a cualquier contrato de Derecho privado de índole civil, comercial o estatal, siempre que se esté en contratos paritarios o simétricos. Como controles de eficacia de las cláusulas restrictivas se tiene:

- a. El control típico y milenar del Derecho antiguo romano que aún se mantiene y es el que establece que las cláusulas restrictivas de responsabilidad

120 Pietro Trimarchi, *Istituzioni di Diritto privato* (Milán: Giuffrè, 1998), 225-229; Carbonnier, *Droit civil*, 145-148.

no serán válidas si con ellas el deudor pretende restringir la responsabilidad que causa su incumplimiento cometido con dolo o culpa grave. Se está ante el mínimo contractual, que es indisponible por razones de moral contractual, ya que permitir alterarlo contradeciría todo ánimo de obligarse (Artículos 63 y 1522, Código Civil).

- b. Que con las cláusulas no contraríen normas imperativas. Es una clara aplicación de las normas constitucionales (Artículo 230, Constitución Nacional) y del mismo régimen civil, pues se trata de normas indisponibles por actos de libertad contractual (Artículo 1523, Código Civil). Lo curioso es que dentro de este control entrarían todas aquellas normas en las que la jurisprudencia considere que está en juego el orden público, como sería el evento del mínimo contractual obligacional mencionado en el párrafo precedente y las normas de consumo que serían aplicables a todo contrato en el que haya un consumidor frente a un empresario y contrate en una relación de consumo, es decir, para satisfacer sus necesidades básicas y ajenas a su actividad económica o los derechos fundamentales.
- c. Que las cláusulas no generen un desequilibrio excesivo de las obligaciones y los deberes de las partes, o sea, un desequilibrio normativo. Esto es lo que marca el principio de protección del equilibrio en los contratos simétricos con base en aplicación de la buena fe objetiva, lealtad y corrección contractual, a fin de que las partes se comporten de manera razonable, mantengan la equidad y eviten abusos (Artículos 83, 13, 95 y 333, inciso 4, Constitución Nacional; 1603, Código Civil; 8, Ley 153 de 1887;¹²¹ 871, Código de Comercio).

Es de anotar que parte de las ideas que son un desarrollo del equilibrio contractual son los imperativos de proporcionalidad contractual, las obligaciones de información y la transparencia contractual ampliamente reconocidas en Derecho de Consumo,¹²² a fin de evitar abuso de una de las partes sobre la otra. En el derecho de consumo se imponen como obligaciones contractuales el deber de pactar

.....
121 La Ley 153 de 1887 (Artículo 4) establece que los principios del Derecho sirven para ilustrar los casos dudosos.

122 Para un análisis detallado de la protección al adherente con las obligaciones de información, los requisitos de claridad e inteligibilidad del clausulado, el concepto de equilibrio y la buena fe en los contratos de consumo, se remite a Cristina Amato, *Per un Diritto europe dei contratti con i consumatori: problema e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordenamento italiano e nel Regno Unito* (Milán: Giuffrè, 2003), 71 y ss.

los contratos en las lenguas oficiales del país de donde son las partes y de donde se celebra y ejecuta el contrato; así mismo, que se redacte de manera clara, en caracteres legibles y, en especial con respecto a las cláusulas gravosas para una de las partes, en un color llamativo, como sería el caso de las cláusulas potencialmente abusivas como las de exoneración y limitación de responsabilidad.

- d. Que las cláusulas restrictivas de responsabilidad no afecten la salud y la integridad físico-psíquica y vida de la persona, pues no podrían afectar las normas de orden público superior como son los derechos fundamentales, porque ellos son indisponibles¹²³ (Artículos 11, 12, 44 y 78, Constitución Nacional). Una vez se presente el daño, pasaría a ser un derecho patrimonial que se puede transar o perdonar, pero no antes de que este mismo ocurra; de ahí la importancia de que las cláusulas restrictivas no se confundan con la transacción, porque la primera es *ex ante* y la segunda *ex post* a la ocurrencia del daño.

Las cláusulas restrictivas por daño a la persona no solo serían ilegales, sino abusivas en todos los contratos, incluidos los de consumo con regímenes especiales que no guarden silencio sobre esta cláusula como abusiva. Se está con claridad en aplicación de un evento de constitucionalización del Derecho privado, porque con el pacto restrictivo de responsabilidad están en peligro unos derechos fundamentales como la vida (Artículo 11, Constitución Nacional) y la salud (Ley Estatutaria de la Salud de 2015), pues ellos se aplican de manera directa sobre las cláusulas contractuales como un control para favorecer a los débiles.¹²⁴ El hecho de que la ley consagre baremos o tablas de reparación tiene como finalidad garantizar a la víctima un mínimo indemnizable; de por sí, esas tablas no son inconstitucionales, pero lo que sí se tiene que estar revisando son los mecanismos

.....
123 Cabe recordar que en Colombia, con la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015, se regula la salud como un derecho fundamental autónomo irrenunciable (Artículo 2) por temas de dignidad a la persona. La Constitución reconocía como derechos fundamentales la vida, salud e integridad psicofísica de los niños (Artículo 44) y la Corte Constitucional reconocía el derecho a la salud para las demás personas como fundamental por conexidad con el derecho fundamental a la vida (Artículo 11, Constitución Nacional) tanto en las Sentencias T-491 de 1992, Exp. T-2193; T-597 de 1993, Exp. T-21469 y en la T-046 de 2003, Exp. T- 664758. Luego reconocería el derecho a la salud no solo como un servicio, sino como derecho fundamental autónomo de los pacientes por dignidad a la persona en la T-016 de 2007, Exp. T-1405186, posición reiterada en la T-161 de 2013, Exp. T-3.714.929.

124 Joaquín Emilio Acosta Rodríguez, "La constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial", en *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho contemporáneo*, dir. Álvaro Echeverri (Bogotá: Ibáñez, 2013); Sierra, Abdon. "Panorama actual de la constitucionalización del Derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas", *Revista Justicia Juris* 7, núm. 1 (2011): 123 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

de actualización, de modo que garanticen una efectiva y adecuada reparación integral para las víctimas.

En la década del cincuenta se había pensado en la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad por daño a la persona, bajo el argumento de que la vida era invaluable y que con ello no se estaba atentando contra el derecho a la vida, porque incluso existían limitaciones legales al resarcimiento por ese tipo de daños. Ahora es claro que ni por la salud, integridad y menos por la vida de alguien esas cláusulas tendrían alguna validez, porque tienen objeto ilícito por una aplicación directa de la Constitución.¹²⁵

- e. Las cláusulas restrictivas tampoco pueden contrariar las buenas costumbres¹²⁶ (Artículo 13, Ley 153 de 1887; 16, Código Civil), criterio que aunque es la parte moral del orden público, junto con la equidad y lo que se considera razonable, su imprecisión da al juez un amplio campo de actuación que le permitirá fluctuar según la tolerancia de la época. Con su aplicación se busca mantener la dignidad e integridad de las personas en la sociedad. En los fallos en los que suele aplicar como mecanismo de control las buenas costumbres, se hace referencia a ellas y, de manera simultánea, al orden público en general. Por ejemplo, se ha considerado contraria a las buenas costumbres una cláusula que exonera de toda responsabilidad a un laboratorio fotográfico ante la pérdida de unas películas fotográficas que se han dejado en depósito.¹²⁷

Por tradición se ha protegido a la sociedad desde una moral laica, a fin de salvaguardar:

1. La dignidad y libertad humana, por ejemplo, contra los deportes violentos o con los Códigos Deontológicos de la Medicina y la Salud.

125 Se trata de un avance en Colombia que cierra toda duda, como ocurre en el Derecho holandés e italiano. Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 229. También serían contra las buenas costumbres y el orden público las cláusulas restrictivas de responsabilidad por los daños causados a cualquiera de los derechos fundamentales o de la personalidad. Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, *Derecho Civil: de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2010), 405.

126 Con el pacto de cláusulas restrictivas de responsabilidad se podrán contrariar las buenas costumbres. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 31 de mayo de 1938*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 13 diciembre de 2002*, Exp. 6462.

127 Jacques Ghestin, "Caractère abusif de la clause figurant sur un bulletin de dépôt exonérant le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives", *Recueil Dalloz* (1991): 449 y ss.

2. La moral sexual, para que se respete y proteja a los menores del libertinaje o desnudez y al matrimonio contra el concubinato.
3. Una conducta contra la especulación, a fin de evitar que haya ganancias inmorales que podrían traer enfermedades como la ludopatía o por el hecho de ganar de manera especulativa, sin esfuerzos, como la lotería, el juego de casino, incluso virtual, salvo autorización legal que regulan el tema de manera estricta. También se habla de negocios inmorales cuando se pacta una cesión de clientela en las profesiones liberales.

Lo cierto es que en el Derecho contemporáneo se relaciona el tema moral con los principios de lealtad, solidaridad, igualdad, proporcionalidad y fraternidad negocial.¹²⁸ Esta tendencia también es aplicada por el Derecho francés y el alemán para controlar los contenidos contractuales que contrarían la moral o las buenas costumbres, como por ejemplo, la exigencia de una fianza o caución exagerada para el cumplimiento de un contrato sin que esto se confunda con un depósito dado en garantía de cumplimiento.¹²⁹

- f. Formalidades *ad substantiam actus*. Estas no constituyen un límite de validez de carácter general para todo contrato, sino solo para los que la ley así lo establezca. Se trata de un control que recae más bien sobre la existencia de la cláusula restrictiva.

Este límite consiste en que las cláusulas restrictivas deben constar por escrito privado o por escritura pública (Artículo 12, Decreto 960 de 1970) si la ley lo exige en el contrato. Este requisito se exige cuando la misma ley establece que el contrato y las cláusulas forman parte del clausulado. Deberá celebrarse por escrito, como ocurre en los contratos estatales (Artículo 39, Ley 80 de 1993), en los de transporte de mercancía, en los que la cláusula deberá constar en la carta de porte (inciso 3, Artículo 1031, Código de Comercio) y para el transporte internacional de mercancías por carretera andina (Artículo 12, Decisión 399 de la Comisión Andina).

Como la formalidad del pacto por escrito como límite de validez constituye una autonomía privada, dicho control no podrá ser interpretado más que de

128 Jean Hauser y Jean Lemouland, "Ordre public et bonnes moeurs", en *Répertoire de droit civil* (París: Dalloz, 2105), 163-183.

129 Denis Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?" en *Mélanges en hommage à François Terre* (París: Dalloz, 1999), 603.

manera estricta. Donde la ley no lo imponga, no podría exigirse de manera extensiva ni con una aplicación analógica para otros contratos, salvo la excepción de que las partes decidan aplicarla a un contrato que, en principio, era consensual y ahora deciden someter una de sus cláusulas o su integridad a la forma escrita.

- g. Cuando se está en presencia de contratos de consumo que podrán ser civiles o mercantiles o cuando la administración actúa como privado, se aplicará un régimen adicional de control en aquellos contratos en los que no exista otra reglamentación de consumo; en ese caso se aplicará el régimen de las cláusulas abusivas, por cuanto en su Artículo 43 la Ley 1480 de 2011 establece que son ineficaces dentro de un listado que las presume como abusivas, sin admitir prueba en contrario las cláusulas por las que:
1. Se limitan la responsabilidad del productor o proveedor, de modo que también se entenderá que hasta la exoneración, pues si están prohibidas las que exoneran el mínimo, también las que limitan el máximo de responsabilidad (numeral 1, Artículo 43, Ley 1480 de 2011). Se trata de una clara prohibición de cláusulas de la responsabilidad extracontractual del proveedor o productor por los daños que el consumidor sufre luego de que un tercero de la cadena distributiva le ha vendido el producto.
 2. Bajo varias nominaciones, se define un grupo de cláusulas que no tienen otro efecto final directo que una exoneración y limitación de responsabilidad; de esta se observan las que recaen sobre las acciones derivadas del incumplimiento contractual, al implicar una renuncia de sus derechos o acciones, a tal punto de que, sin importar su contenido o nominación, el efecto será el mismo: evitar la aplicación del régimen normal de la responsabilidad y limitar su accionar (nums. 2, 5, 8, 13 y 14. Artículo 43, Ley 1480 de 2011).
 3. Adicionalmente, se consagran aquellas cláusulas que, por referirse a aspectos procesales, restringen la responsabilidad, porque al dificultarse el ejercicio de las acciones, el efecto final es el mismo: la limitación o exoneración de la responsabilidad (numerales 3, 11 y 12). Sin embargo, el numeral 12 fue derogado, lo cual es contrario a las tendencias europeas, pues el hecho de que una parte solo pueda recurrir a la justicia arbitral para tener acceso a la justicia es la más clara muestra de una cláusula abusiva; por los costos que implica recurrir ante un arbitramento y más

si es ante una justicia arbitral foránea, si la parte débil ve que su derecho es mucho menor que los costos de activar un tribunal arbitral, preferirá no accionar. Esta situación constituirá el éxito del efecto de una cláusula de exoneración total indirecta, no solo por sus efectos, sino también por su aplicación, como lo es no responder. Lamentablemente fue derogada, con la fortuna de que, bajo el régimen general aplicable a toda cláusula abusiva en un contrato de consumo (Artículo 42), el juez igual podría considerarla como abusiva, toda vez que la lista no es taxativa mediante el control del test general de abusividad a cualquier cláusula que no esté en el listado (Artículos 42 y 43, Ley 1140 de 2011).¹³⁰ Si existiera un régimen de arbitramento de consumo gratuito y a costo de los empresarios en los contratos B2C, el control sobre las cláusulas abusivas y restrictivas de responsabilidad sería un éxito de eficacia.

En Colombia existe una justicia arbitral costosa en las Cámaras de Comercio, que se aplica en especial en contratos estatales o privados de alto costo de las pretensiones; además, ante el exceso de expedientes en estudio en la justicia ordinaria (civil o administrativa) los tiempos que les toma a los jueces para que la Sección Tercera del Consejo de Estado o la Sala Civil de la Corte Suprema diriman una controversia, resulta más ágil acudir a la justicia arbitral, porque suele poner fin a una controversia entre un año y máximo dos después de iniciada y le generaría menos costos por los pagos de la condena a la parte vencida, en especial cuando hay lugar a liquidar intereses moratorios. Ello no puede ser una excusa para que se imponga a la parte débil recurrir ante este tipo de justicias para tener derecho a una indemnización o reparación; de ahí que lo ideal sería que existiera un tribunal de arbitramento de consumo como un mecanismo eficiente, ágil y económico para los consumidores, con fuertes sanciones en caso de que la parte fuerte salga vencida y con efectos no solo interpartes, sino *erga omnes* sobre los formularios futuros de los demás competidores del mercado que tengan cláusulas similares o iguales, como también sería ideal la existencia de controles previos y posteriores sobre las cláusulas abusivas.

130 José Manuel Gual, "Perspectivas globalizadas sobre el control de las cláusulas abusivas", en *Derecho del consumo. Problemáticas actuales*, dir. José Manuel Gual y Juan Villalba (Bogotá: Ibáñez, 2013), 353 y ss.

4. También llama la atención que las cláusulas restrictivas de responsabilidad se hayan consagrado en diferentes leyes especiales de consumo, de manera presunta como abusivas dentro de una lista gris que admite prueba en contrario o dentro de una negra que, de pleno derecho, las considera abusivas, pues ellas tienen como finalidad hacer más gravosa la condición del débil deudor contra la buena fe contractual o por ser generadoras de excesivos desequilibrios normativos.

Así, se encuentran en común de manera presuntamente abusivas en las Leyes 142 de 1994 sobre servicios públicos bajo una lista gris, la Ley 1328 de 2009 sobre consumidores financieros con una lista negra complementada por la SIF. La Ley 1480 de 2011 sobre el consumidor en general, en un par de resoluciones de la CRC sobre servicios de comunicaciones y servicio postal y en un acuerdo de la CNT sobre servicio de televisión hay listas negras, que permiten arrojar los siguientes cuadros esquemático y comparativo.

Se presentan dos cuadros con dichas cláusulas restrictivas, catalogadas de manera presunta dentro de 109 cláusulas que el legislador presume como abusivas, lo que permitirá observar los puntos comunes de unas 66 microtipologías de cláusulas restrictivas de responsabilidad entre directas e indirectas mencionadas en la ley nacional, y sin pretender ser exhaustivo, podrían agruparse por sus aspectos comunes o criterios generales en unos cuatro grandes grupos como una especie de macrotipología de cláusulas restrictivas.

En todo caso, esas 109 cláusulas que se presentan en las leyes en Colombia como presuntamente abusivas bajo los criterios de listas (negras o grises) tienen elementos comunes con muchas de las listas que también se presentan en los códigos tipo como el CESL o en las legislaciones armonizadas como las Directivas UE 13/93 y 83/11 con el fin de poder identificarlas, pues en ellas también se incluyen las grandes tipologías de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, sea porque limitan o exoneran la responsabilidad del deudor.¹³¹ Además, los cuadros ofrecen toda la normativa vigente en temas de tipo de cláusulas restrictivas de responsabilidad dentro del criterio de listas que las pueden hacer presumir como

.....
131 Un mismo ejercicio de identificación puede hacerse con las cláusulas abusivas, pues también en ellas se encuentran unos grupos dentro de los que cabrían las demás. Vincenzo Roppo, "Clausole abusive", *Enc. Giur. Trecanni*, t. 7 (1994), 2.

abusivas por generar desequilibrios normativos importantes contra la buena fe, según lo expresa el criterio general del Artículo 42 de la Ley 1480 de 2011.¹³²

Tabla 1 Comparativo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad establecidas como presuntamente abusivas en la legislación colombiana

Norma	L. 1480/11	L. 142/94	CRC	CRC	CNT
Macro grupo de cláusula restrictiva	Consumidor en general	Consumidor de servicios públicos domiciliarios	Res. 3066/11 Consumidor de servicios de comunicaciones	Res. 3038/11 Consumidor de servicios postales	Ac. 11/06 Consumidor de servicios de televisión por suscripción
Tipo de lista	Negra	Gris	Negra	Negra	Negra
De modificación, exclusión o limitación de responsabilidad del deudor	Art. 43 num. 1,4 y 5	Arts. 133. 1 y 133.18	Art. 14. num. 1 y 6	Art. 7 lit. a	Art. 25 lit. a
De inversión de la carga de la prueba	Art. 43 num. 3, 9	Arts. 133.8 133.14 lit. b			
De limitación o renuncia de derechos y acciones	Art. 43 num. 2 ,8, 13 y 14	Arts. 133. 3, 133.6, 133.9 133.17, 133.18, 133-21, 133.23, 133.24, 133.25	Art. 14 num. 2 4 , 8, 9 , 10	Art. 7 lit. d, c y d	Art. 25 lit. c, f, h, k
De limitación de acceso a la justicia	Art. 43 num. 11, 12.	Arts. 133. 10, 133.11, 133.14, 133.15			

132 Gustavo Valbuena, "Reflexiones sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas en Colombia", en *Perspectivas del derecho del consumo*, dir. Carmen Valderrama (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 389 y ss.

•Fundamentos de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Total de cláusulas presuntamente abusivas consagradas en la norma	14	25	11	4	11
Total de microtipología de cláusulas restrictivas	11	16	7	4	5

Fuente: elaboración propia.

Tabla 2 Comparativo de la normativa para el sector del consumidor financiero con cláusulas restrictivas de responsabilidad que pueden ser abusivas

Normativa	L. 1328/09 Consumidor financiero	Circ. 039 SIF
Macrogrupo de cláusulas restrictivas		
Tipo de lista	Negra	Gris oscura al admitir autorización
De modificación, exclusión o limitación de responsabilidad del deudor	Art. 11 num. 4	Art. 10.1.1 lit. a incs. 1, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11 Art. 10.1.2 lit. a inc. 4
De inversión de la carga de la prueba	Art. 11 num. 2 Art. 12 num. 3	Art. 10.1.1 lit. a inc. 2 y 5
De limitación o renuncia de derechos y acciones	Art. 11 num. 1	Art. 10.1.1 lit. a num. 5, Art. 10.1.1 lit. b num. 3, Art. 10.1.2 lit. a inc. 1 y 3, Art. 10.3 inc. 5.
De limitación de acceso a la justicia		Art. 10.1.1 lit. b inc. 3, Art. 10.1.2 lit. a inc. 2.

Total de cláusulas presuntamente abusivas consagradas en las normas	9	35
Total de microtipología de cláusulas restrictivas	4	19

Fuente: elaboración propia.

- e. En relación con el incumplimiento debido a causa de los auxiliares del deudor, se admite una exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor frente al hecho de sus auxiliares solo en la medida en que el deudor podría hacerlo por su propio incumplimiento¹³³ (Artículo 1738, Código Civil). En efecto, el deudor se vale de sus auxiliares para cumplir sus obligaciones y, ante el incumplimiento de estos, se ocasiona un daño al acreedor, del cual no sería justo exonerar al deudor si el incumplimiento es debido a culpa grave o dolo de sus propios auxiliares, como tampoco cuando con el pacto o los efectos de la cláusula restrictiva de responsabilidad se violan normas de orden público.¹³⁴

133 Que el deudor responda por sus auxiliares es la posición que aplicaría en materia administrativa conforme a las normas del Código Civil. Consejo de Estado, *Sección I de 16 de noviembre de 2001*, Exp. 6587; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 18 de noviembre de 1982*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 76; Pérez, *Teoría general de las obligaciones*, 47.

134 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de agosto de 1947*; Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 15 mayo de 1946*.