

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ANÁLISIS DE LA TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

Sección 1. Cláusulas de delimitación del objeto

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Previo al incumplimiento del contrato, las partes pueden pactar diversas formas de cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad,¹³⁵ por ejemplo, aquellas que hacen referencia a la modalidad o al monto de la reparación, por las cuales se pacta un porcentaje de los daños a reparar o aquellas que recaen sobre el derecho a la reparación, por las que se exonera al deudor de la carga de reparar ciertos daños.¹³⁶ La modalidad como se presenten tales cláusulas restrictivas dependerá de la imaginación de los contratantes¹³⁷ y, aunque podría pensarse que

135 La presentación de cláusulas sobre la reparación es muy variada y suelen estar dentro de las condiciones generales del contrato de los instrumentos negociales, en las cuales aparecen redactadas en letras minúsculas, en un ticket o en facturas. Laurent Aynès, "Droit français", en *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990* (París: LGDJ, 1991), 8.

136 Delebecque, "Régime de la réparation", 9.

137 Samuel Yong, *Introducción a la responsabilidad pública y privada* (Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012), 409.

se trata de un criterio demasiado amplio,¹³⁸ lo cierto es que si no se controla el desequilibrio normativo que la misma parte fuerte suele preestablecer a su favor en contratos negociados o por adhesión con consumidores o empresarios menos fuertes bajo la asimetría contractual, lograrían restringir su responsabilidad por el efecto de las cláusulas contractuales. Al utilizar todo tipo de cláusulas que, por su contenido, no son en principio exonerativas o limitativas de responsabilidad, pero por sus efectos o consecuencias sí lo serían, se inspiran las normas de protección contra cláusulas abusivas en las listas grises del Derecho alemán, italiano y francés. Piénsese por ejemplo, en aquellas que afectan los derechos a la reclamación de daños o las que tienen que ver con aspectos procesales como la carga de la prueba o las prescripciones alteradas por debajo de los términos legales o incluso las de tribunales competentes y el foro del mismo.

El régimen colombiano no establece una norma que constituya una regla o un principio general en relación con el régimen de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad,¹³⁹ no obstante, reconoce la validez de principio de tales cláusulas por vía de la interpretación del ordenamiento en general, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.¹⁴⁰

Dar una definición conceptual sobre las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad no resulta fácil, a pesar de que es una figura que data del antiguo Derecho Romano. Gozan de mayor auge práctico en nuestra era moderna, pues su uso ha sido impulsado con el maquinismo de la era industrial, a tal punto que los abusos que se empezaron a cometer con ellas se ubican cronológicamente en la década del cincuenta. Esta situación dio lugar al necesario incremento de sus controles de validez, sin que se pueda compartir la posición según la cual ellas deberían prohibirse en su totalidad o presumirse de derecho abusivas.

Sin embargo, ello no ha sido un obstáculo para que su empleo sea constante en el comercio, por cuanto constituyen un interesante mecanismo con el que cuentan los comerciantes para evitar o trasladar los riesgos que conlleva una reparación

138 Juan Rezzonico, *Contratos con cláusulas predispuestas: condiciones negociables generales* (Buenos Aires: Astrea de A. y R. DePalma, 1987), 492 y 496.

139 Sin embargo, tienen una serie de normas dispersas de carácter específico sobre cláusulas restrictivas de responsabilidad, las cuales solo se refieren a determinados contratos particulares.

140 Usuga, *Validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual*, 53 y ss.; Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, 75.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

de daños. Su uso se ha hecho habitual en los países que no cuentan con mayores leyes sustanciales o grandes desarrollos en tema de protección de la simetría y del equilibrio contractual; la conciencia de la parte débil sobre el tema es poca y, aunque cuenten con esos mecanismos, la protección resulta ineficiente por fallas en la manera procesal, en especial por el establecimiento de formas o modelos en la presentación de las peticiones para defender los derechos de los consumidores que no resultan adecuadas para ellos o porque los procesos son tan lentos, que una protección efectiva demora años; otras veces sucede que las sanciones tienen un alcance limitado solo a las partes y carecen de efectos *erga omnes*, no existen controles administrativos del Estado de manera previa a que se masifique el contrato o faltan órganos que orienten a las partes débiles y a los jueces sobre el contenido de la figura.

Lo anterior se suma al hecho de que, pese a las leyes de protección, los comerciantes han ideado una tipología de cláusulas que no es fácil identificar como restrictiva de responsabilidad dentro de los términos jurídicos, puesto que quien es conoedor y tiene un buen manejo económico de su actividad mercantil, prevé los daños que su incumplimiento contractual puede causar o es consciente de los riesgos que su actividad profesional puede causar y pacta sobre ellos para evitar o limitar su responsabilidad o la obligación de reparar los perjuicios que cause —de manera contractual o aquilina— a cualquiera de los miembros de la cadena de distribución de productos (proveedores, ensambladores, importadores y vendedores) o a los destinatarios finales, una vez son puestos en circulación.

Se hace necesario un estudio del concepto con respecto al estado actual de las cláusulas restrictivas, más cuando la nueva Ley 1480 de 2011 las presume abusivas y, en consecuencia, prohibidas en los contratos de consumo, tipo contractual que permea con gran influencia todo el Derecho obligacional, contractual y de la responsabilidad.

También es cierto que el concepto de la cláusula restrictiva podría confundirse con otras cláusulas que no tienen nada que ver con las cláusulas restrictivas de responsabilidad; es el caso de las cláusulas de traslado de la reparación, las cuales suelen estar permitidas en los ordenamientos que más se han preocupado por ellas, como el italiano, francés, alemán e inglés, pues ellas garantizan una reparación efectiva a la víctima mediante un tercero, que es una aseguradora profesional, lo que mantiene uno de los grandes avances de la responsabilidad de los

últimos cien años. En Colombia se han incluido entre las cláusulas abusivas de la Ley 1480 de 2011, lo cual parece carecer de todo sentido y lo que persigue es que la víctima sea resarcida por alguien aunque el causante no tenga los medios.

Para elaborar un concepto sobre las cláusulas restrictivas o de exoneración y limitación de responsabilidad, se parte de la base de que ellas engloban una muy variada tipología; por ello, con su contenido, eliminan, modifican, aligeran, evaden o limitan la responsabilidad que correspondería al deudor como la obligación de reparar daños por incumplimiento o por el acontecer de hechos ilícitos civiles que también tienen un resultado dañoso.

El concepto evoluciona por el uso que se hace de ellas, a tal punto que para evadir la responsabilidad de los contratos con obligaciones de resultado, incluso con modificación del objeto de la obligación contractual, el futuro deudor transforma una obligación de resultado en una de medios.

También se suelen señalar los eventos que se entenderían como culpa exclusiva de la víctima y así excluir la responsabilidad por el nexo de causalidad.

La ubicación conceptual se centra en dos tipos de cláusulas sobre las que se puede afectar la responsabilidad. Son ellas las de delimitación del objeto de la obligación (Sección 1) y las restrictivas de responsabilidad (Sección 2).

Sección 1. Cláusulas de delimitación del objeto

Mediante unas cláusulas que buscan determinar las obligaciones del contrato, por cuanto en principio por su contenido recae sobre el objeto contractual, las partes logran el fin último perseguido con las restrictivas de responsabilidad, que no es otro que una exoneración o limitación de la responsabilidad del deudor.

Este es el modelo de control que se hace por vía del objeto o de la aplicación de las cláusulas cuando se plantea en los Principios Lando (PDEC) y el BGB alemán que las cláusulas restrictivas de responsabilidad incluyen de manera acertada no solo a las que por su contenido así lo hacen, sino también a las que por su efecto también consiguen esa finalidad.

Al parecer, ya poco importa el objeto obligacional o la denominación que le den las partes, pues si bien antiguamente una cláusula del objeto no se controlaba, porque escoger el tipo y contenido contractual era un tema de autonomía de la voluntad, con las cláusulas del objeto se pretende determinar las obligaciones

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

contractuales, a fin de definir las obligaciones de la esencia del negocio y tener claro sobre qué se respondía y ante qué tipo de contrato se enfrentan las partes.

Si con esas cláusulas se pretende afectar el régimen de la responsabilidad a favor de alguna de las partes para disminuirlo, se deberán controlar como cláusulas restrictivas, sin importar su nominación o su contenido.

Ahora, lo que interesa más que el contenido es si por su efecto restringen el régimen de responsabilidad legal que les corresponde y se hubiera aplicado, de no existir dicha cláusula en el contrato.

Los efectos exonerativos se pueden apreciar al momento de su aplicación, a fin de verificar si ellas pretenden restringir, evadir, limitar o excluir la responsabilidad, entendida esta como el derecho a la reparación de daños contractuales o extracontractuales.¹⁴¹

Es como si, ante un contrato que piensa celebrar, un individuo conocedor de la existencia de su posible responsabilidad decide, mediante una cláusula, aligerar las obligaciones que sin ella le hubieran correspondido; el efecto sería dejar de asumir las consecuencias de algún incumplimiento,¹⁴² pues ya no estaría obligado al mismo.

Por ejemplo, si una constructora pacta una fecha indeterminada para la entrega de un apartamento o pone un plazo que admite su propia modificación de manera unilateral mediante prórrogas que ella misma determinaría con plazos adicionales de tres meses, la parte acreedora o propietaria del bien o de la inversión carecería de la posibilidad de accionar por una indemnización o solicitar una reducción de precio, el reconocimiento de intereses o una resolución por incumplimiento; se estaría ante una típica cláusula del objeto que busca eludir la responsabilidad, pues convierte una obligación de resultado con plazo expreso y determinado en una de plazo variable indeterminado que deja su cumplimiento sometido a los mejores esfuerzos para que no haya prórrogas y sin derecho a reparación.

Ocurren eventos de cláusulas de delimitación del objeto con las que se logra un efecto limitativo o exonerativo de la reparación cuando.¹⁴³

.....
141 Boris Starck, "Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité", 157 y ss.

142 Delebecque, "Régime de la réparation", 4.

143 Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 439-441.

- a. Se está ante una de las típicas obligaciones que se presumen solidarias por la ley y las partes deciden que, como se trata de una obligación con objeto divisible y pluralidad de sujetos en la parte deudora, se entenderá como una obligación parciaria. De esta manera, se reduce la responsabilidad mediante los porcentajes que se pacten o, como establece el Código, si hay silencio sobre el porcentaje, se hará por partes iguales. Sin embargo, se debe analizar en cuáles eventos esa solidaridad es de orden público, como sería la que tiene que ver con la prestación de los servicios de salud (Artículo 178 num. 6, Ley 100 de 1993), para evitar que con ellas se supriman válidamente las reglas de las obligaciones solidarias, por las que cada miembro del sujeto pasivo (deudor solidario) es un codeudor responsable de un mismo daño.
- b. Situación similar ocurre con las cláusulas de delimitación del objeto cuando se logra restringir la responsabilidad mediante un pacto de reducción de las garantías señaladas en la ley para ciertos productos o en ciertos contratos como la compraventa y la construcción. Aunque en teoría también se enfrenta ante una cláusula del objeto del contrato, por su efecto, lo que en realidad se pretende es reducir o disminuir los tiempos normales dentro de los cuales se respondería por un producto nuevo o por las acciones que se ofrecen en garantía por un cierto tiempo, como es la evicción. En otras palabras, cuanto menor tiempo de garantía, menor será la responsabilidad.
- c. Un último caso en el que se pueden obtener los mismos efectos exonerativos surge al modificar las causas extrañas, al punto de que mediante una cláusula del objeto se definen los eventos que se entenderán como de fuerza mayor o caso fortuito. Al ser parte este concepto de la causa extraña para romper el nexo y considerar como tales situaciones que no lo habían sido por la jurisprudencia, el efecto sería eludir la reparación por la ocurrencia de esos hechos señalados por las partes. Las situaciones que se consideran como casos de fuerza mayor o fortuitos son las que determinan la jurisprudencia y no las que las partes definen. Piénsese en una cláusula por la que, para evitar ciertos riesgos tradicionales de una actividad, se pacta que no se responderá por hurto, porque es considerado por las partes como caso fortuito, pero para la jurisprudencia ese evento

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

no cabe en esa figura; lo que hacen las partes es incluir eventualidades por las que no responderían, al considerarlas de fuerza mayor o caso fortuito, cuando son situaciones previsibles y resistibles.

En consecuencia, sea que se trate de una cláusula sobre el objeto o sobre la responsabilidad, si el efecto práctico es el mismo, ellas deberán controlarse como restrictivas de responsabilidad. Por la naturaleza de las cláusulas, la diferencia entre ellas radica en un aspecto teórico: mientras con la primera se suprimen obligaciones, con la segunda se recae sobre la sanción del incumplimiento obligatorio.¹⁴⁴ En la práctica el hecho de que sean cláusulas del objeto no las hace válidas y lícitas *per se*, pues ellas también pueden dar lugar a abusos con un efecto de irresponsabilidad ligado a su efecto o aplicación.¹⁴⁵

Una de las mayores preocupaciones radica en que con las cláusulas del objeto se podría acabar con la esencia de un contrato, de manera que el deudor no se obligaría a lo que normalmente constituye la esencia del contrato o su obligación fundamental y, en consecuencia, no responder por ello.

Piénsese en un usuario de un depósito de vehículo que se encuentra ante un contrato atípico de parqueadero, pero si le roban el vehículo, estaría ante el contrato prestablecido mediante un formulario que se aplicaría por adhesión, por el que el prestador del servicio de parqueadero no se obliga a custodiar los vehículos, porque es un contrato de arrendamiento de espacios o de comodato. En Colombia, la Superintendencia Financiera (SIF) considera que a esos contratos se aplican las normas del depósito y, por otra parte, también deberá responder por el bien dejado, ya que la Ley 1480 (Artículo 18 num. 2) prohíbe ese tipo de cláusulas con esos efectos, al menos en los contratos que implican la entrega de un bien, como sería un depósito, y la considera abusiva por aplicación del Artículo 43 de la Ley 1480 de 2011.

Parecería que la Ley 1480 de 2011 al referirse a la responsabilidad por accesorios en tema de depósito de vehículos es un poco excesiva y desequilibraría el

144 Francesco Benatti, "Le clausole di esonero da responsabilità", *Dig.disc.priv.sez.civ.* Vol. II, 4a ed. (Turín: UTET, 1988), 397 y ss.; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 144 y ss.

145 Luciana Cabella Pisu y Giovanna Visintini, "Le clausole di esclusione o limitazione del risarcimento", en *Risarcimento del danno contrattuale e extracontrattuale*, dir. Pietro Rescigno (Milán: Giuffrè, 1999), 438 y ss.; Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 220; Christian Larroumet, *Droit Civil. Tome III. Les obligations le contrat* (París: Economica, 2003), 654-656; Germana Adriano, *Clausole di esonero e di limitazione della responsabilità civile* (Roma: Aracne, 2009), 86 y ss.

contrato a favor del débil, pues obliga al parqueadero a lo imposible; este sujeto, como deudor, no conocería con certeza los bienes que tendría el usuario en su baúl. Hubiera bastado que la ley de consumo estableciera que solo se respondería por los bienes accesorios al automóvil declarados y, en ese caso, solo se respondería si se hace otro contrato de depósito adicional, que sería coligado al de parqueadero bajo la modalidad de una cajilla de seguridad que se ofrezca en el mismo lugar. En todo caso, se obliga a un negocio de parqueadero a que tenga o disponga de unas cajillas para que guarde bienes de los usuarios o tendría que responder por todos esos bienes no declarados.

Como quedó la Ley, el parqueadero se obliga a algo que desconoce de manera imperativa; sin embargo, la práctica comercial hace que los parqueaderos solo se obliguen a lo que se declare, pues con el mismo contrato también se obligan a lo accesorio por imposición de ley así se guarde silencio. Con o sin declaración, lo que ellos suelen hacer es determinar los objetos sobre los que ejercen la custodia para no responder de los que no se declaren, lo cual devuelve al tema de discusión: una cláusula restrictiva de la responsabilidad a la que los obliga la misma ley parecería ilícita y hasta abusiva. Entonces, resultaría adecuado que el parqueadero utilizara todos los medios probatorios que la tecnología le ofrece, para que, con o sin declaración, sepa con claridad qué es lo que custodia y que de ese archivo se tome firma del usuario, quien acepta que deja cierto tipo de bienes con su vehículo. Se recomienda que aunque no se tengan cajillas de seguridad, haya un formato en el que se declaren los bienes que se dejan con el vehículo, acompañado con videos o fotos. Sería gravoso para el parqueadero responder sin un contrato adicional y una internalización de costos o un seguro, pero esa es su obligación por ley y con carácter de orden público a favor del usuario.

Situaciones similares podrían presentarse en temas de cajillas de seguridad bancaria que, no obstante dejar los bienes en custodia al banco en la cajilla, este podría determinar que el usuario no podrá depositar bienes que superen un determinado valor (cláusula del objeto) que suele ser irrisorio y, además, pactar que en, caso de faltas de seguridad o de robos, incluso por los empleados, solo se responderá hasta el valor (irrisorio) que se estableció como tope del depósito.

Parece práctico que, ante la duda, a las dos cláusulas se les dé el mismo tratamiento, es decir, de una cláusula restrictiva de responsabilidad. Se trata de una interpretación a favor de la parte débil que podría ser un consumidor o un adherente

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

(Artículo 1624, Código Civil), a fin de mantener el equilibrio y la equidad contractual bajo principios de proporcionalidad, lealtad o fraternidad contractual y más cuando, desde hace un siglo, la responsabilidad tiende a proteger cada vez más a las víctimas de las actividades dañosas, pues en el caso de las cajillas, nadie deposita bienes de bajo valor, porque la esencia del contrato no es esa.

Interpretar en este sentido las cláusulas y el contrato es lo más adecuado, incluso en aplicación de la buena fe (Artículo 1603) como un criterio de interpretación intermedio entre objetivo y subjetivo.

Por lo expuesto, desde el punto de vista teórico, una cláusula del objeto del contrato determina a qué se obligan las partes y, en consecuencia, lleva a responder por eso a lo que se obligaron, pero en la práctica, por sus efectos, podría ser restrictivas de responsabilidad, como quiera que si las partes no se obligan desde el inicio a aquello que es la obligación fundamental del contrato, se evita que el futuro deudor responda y así evite las consecuencias de un incumplimiento. Es el caso de las cláusulas de garantías que en el sistema europeo, para evitar las discusiones anteriores, se han tratado de forma unánime desde la Directiva UE 44 de 1999. Lo mismo podría ocurrir con las cláusulas de la solidaridad, por las que lo que importa es ver si esta es o no de orden público y en los pactos sobre eventos de fuerza mayor, por los que se deberá observar la tendencia jurisprudencial de lo que así se llega a considerar por los jueces, para que el pacto sobre ese tipo de situaciones sea válido.

Bastaría ilustrar la situación cuando, en los contratos financieros de cajillas de seguridad, los bancos pactan por adhesión que la cajilla se utilizará solo para depositar bienes que no superen 5.000 dólares y que, en consecuencia, se responderá de acuerdo con la cifra tope establecida en dicho pacto. En efecto, parece que, más que obligarse a custodiar hasta 5.000 dólares, lo que en realidad hace es limitar la responsabilidad de la entidad hasta esa cifra. Con ello, desnaturaliza ese tipo de negocios, que ofrecen al usuario un depósito de bienes de un valor significativo. La situación se superaría si se ofrecieran alternativas de depositar bienes de mayor valor con tarifas diferenciadas.

Otros eventos en los que se suelen usar cláusulas de modificación del objeto del contrato para aligerar obligaciones es en temas de venta, obra civil — como sería cuando se contrata a alguien para hacer cualquier tipo de obra— o

en depósitos y, aunque en principio son del objeto, terminan por ser de no responsabilidad¹⁴⁶ debido a las obligaciones no asumidas, con lo que se excluye un derecho a la reparación y se desprotege a la víctima de los perjuicios, incluso en contratos de depósito, bancarios y de seguros.

Sección 2. Las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Sean limitativas o exonerativas, pueden modificar de manera directa o indirecta las condiciones o los presupuestos,¹⁴⁷ efectos o consecuencias de las reglas que activan el régimen de la reparación contractual o extracontractual.

Dos teorías se han presentado sobre el concepto de cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad: la primera sostiene que, dentro de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las de exoneración se refieren al *an debeatur*, entendido como el deber de resarcir el daño derivado de la responsabilidad, mientras las cláusulas limitativas se refieren al *quantum debeatur*.¹⁴⁸

Se trata de una posición que resulta objeto de crítica porque es limitativa del concepto de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. En efecto, esta primera posición no se comparte, por cuanto lleva a pensar que la diferencia entre una y otra especie de cláusula restrictiva de responsabilidad se reduce a un simple aspecto de la cantidad. Esta primera tesis es también criticable porque reduce el campo de aplicación de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad. Se trata de una tesis que carece de acogida, con base en el argumento de que esta tesis crea una posición que limita el concepto de las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad, pues, aunque trata de configurar los pactos sobre la responsabilidad y sus consecuencias, descuida

146 Se suelen denominar de manera indiferente las cláusulas restrictivas de responsabilidad como de irresponsabilidad o de no responsabilidad. Le Tourneau y Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 323.

147 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual", 143.

148 A partir de la estrecha relación entre la responsabilidad del deudor y sus consecuencias, para esta primera teoría, más que hablar de exoneración o atenuación de la responsabilidad parece más apropiado hablar de la exoneración o atenuación del deber de resarcir el daño que se deriva de la responsabilidad. Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale* (Milán: Giuffrè, 1957), 341. De tal forma, con el pacto de total irresponsabilidad se excluye el nacimiento de responsabilidad y con ello la obligación de resarcir el daño, mientras que con la cláusula de limitación de responsabilidad, las partes exclusivamente podrán fijar un plafond máximo como límite dentro del cual debe hacerse la reparación; con esta última cláusula, se hace solo referencia al quantum como liquidación del daño y no como la cláusula de exoneración que se refiere al *an debeatur*, es decir, sobre la determinación de responsabilidad. Adriano de Cupis, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile 1* (Milán: Giuffrè, 1979), 534.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

las otras formas de modificación convencional de la responsabilidad. El término responsabilidad no solo hace referencia al resarcimiento del daño, sino a todos los efectos que la ley otorga al incumplimiento.

De este modo, parece ser más apropiado sostener que las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad aluden a la asunción por parte del deudor de toda o alguna consecuencia o efecto que se derive de la inejecución de la obligación. De esta amplia forma se podrá limitar la responsabilidad por el grado de la culpa, del tipo de daño o limitar los efectos del incumplimiento.¹⁴⁹

Según la segunda teoría,¹⁵⁰ las cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad actúan sobre el régimen de la responsabilidad y, además, el efecto de la limitación no se manifiesta con exclusividad al momento de la cuantificación del daño, sino también durante el amplio espacio del incumplimiento imputable.¹⁵¹

Esta segunda posición se apoya también en que el término “responsabilidad” sintetiza en un solo vocablo toda una compleja disciplina.¹⁵²

149 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 193; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 9-10; Cesare Massimo Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art 1218-1229*. 2a ed. (Bologna-Roma: Zanichelli, 1979), 482; Manuel García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (Madrid: Tecnos, 1965), 94.

150 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 188; Francesco Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità* (Milán: Giuffrè, 1971), 64. Entre las consecuencias del incumplimiento están aquellas que excluyen la importancia del retardo en el cumplimiento o el ejercicio de la acción de resolución, según el Artículo 1453 del Codice Civile.

151 Es la tesis que mayor acogida ha tenido en la doctrina moderna. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, 66-67; Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni: art 1218-1229*, 482. Las cláusulas sobre las sanciones al incumplimiento o inejecución son variadas y tienen como fin actuar sobre el derecho a la reparación. Philippe Delebecque y Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations. Responsabilité civile, contrat* (París: Litec, 1998), 177 y ss. Se sostiene con acierto que las partes pueden intervenir sobre la entidad del daño resarcible, con una cláusula con la cual de manera previa se fije el grado máximo del daño que se reparará en caso de incumplimiento; se acuerden las modalidades de la liquidación del daño; se altere la disciplina de distribución del riesgo; se lleve a que el acreedor se haga cargo de eventos que las normas asignan al deudor; se pacte que el deudor asuma una obligación de diligencia inferior a aquella que la ley dispositiva fija o que el deudor no se haga cargo de un resultado esperado por el acreedor, no obstante las normas dispositivas que regulan el contrato específico lo previeran. Con las cláusulas restrictivas de responsabilidad, podrían alterarse también los efectos del incumplimiento imputable, como sería el derecho del acreedor a pedir la resolución del contrato. Cass. sez. un., 1 luglio 1994, n. 6225, en *Corr. giur.*, 1994, p. 967, nota de Carbone; en *Arch civ.*, 1994, p.1135, nota de Segreto. Resulta claro que el Artículo 1229 del Código Civil tiene dos campos de acción sobre las cláusulas restrictivas: el primero, sobre la limitación del grado de la diligencia y el segundo, sobre los efectos del incumplimiento imputable. Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 79.

152 Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, 188.

Al ser partidario de esta segunda tesis, que se seguirá a efectos del presente escrito, se comparte la posición por la cual se sostiene que a los límites de validez que se aplican a las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad se deberán someter todas aquellas cláusulas que produzcan como efecto —de manera directa o indirecta— una limitación o exoneración de responsabilidad, posición que se fundamenta en la aplicación del principio general de buena fe objetiva, como un principio o cláusula general que se analizaría y aplicaría como un criterio independiente de la intención subjetiva de los contratantes.¹⁵³

La tipología de las cláusulas de irresponsabilidad resulta ser muy variada. En efecto, podrían recaer sobre los criterios de imputación de la culpa o lo que por ella se entenderá como conducta causal del daño y alterar el régimen por el cual se respondería, según su graduación y tipo de contrato, al poder afectar el tipo de culpa o comportamiento que, en caso de incumplimiento, daría lugar a la reparación, si con ellas se invoca un régimen menor de culpa por el que se respondería dentro de cierto tipo de contrato (Artículos 63 y 1604 del CC), lo que en principio haría más gravosa la situación del acreedor víctima del incumplimiento. De esta manera, en los contratos en los que hay beneficio mutuo para ambas partes, estas podrían determinar, de manera válida, que si el incumplimiento derivó de la culpa del deudor o de sus auxiliares, con culpa leve o levísima, no se responderá o se hará de forma limitada y el deudor solo se obligará a tener un comportamiento contractual en caso de incumplimiento que sea sin su culpa grave o dolo. Esto porque han dejado solo a estos dos parámetros de comportamiento el posible nacimiento de la responsabilidad imputable en caso de incumplimiento, es decir, si no hay un actuar con negligencia burda o grotesca, hasta intencional, en el incumplimiento del deudor, este no respondería.

Sobre los tipos o la clasificación de daño (Artículo 1616, Código Civil), se podría determinar que, en caso de daño, solo se responderá por el lucro cesante o por el daño emergente,¹⁵⁴ pues por los inmateriales ello no parece válido, porque recaen sobre los daños a las persona, como a la salud física y síquica.

.....
¹⁵³ Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 80; Christian Larroumet, *Droit Civil. Tome III. Les obligations le contrat* (Paris: Economica, 2003), 649.

¹⁵⁴ Un caso que se estudió en este sentido tuvo que ver con los daños por una cláusula restrictiva por lucro cesante que se aplicó a las empresas Auxin y Prodeco por parte de Carbocol, en el proceso de explotación de la mina de El Cerrejón; solo se pagó el daño emergente, mas no el lucro cesante, por cuanto el Consejo de Estado, al interpretar una cláusula contractual, consideró que se trataba de una cláusula restrictiva de exoneración de daños por

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

Sobre los eventos de nexo de causalidad como la relación causa-efecto de la que proviene un daño, no responderá si el daño proviene de una determinada relación de causa a efecto probable.

Sobre los tipos de incumplimiento (tardío, parcial, total, defectuoso o imperfecto), para exonerarse o limitar la reparación por dichas faltas a la obligación pactada.

También es posible pactarlas sobre los efectos de la responsabilidad; de este modo, se acordarían sobre el quantum o la cifra indemnizable limitada a un porcentaje o sobre las acciones y los derechos de la reparación que derivan del incumplimiento; se evita a la víctima acciones como la de resolución tácita, compensación o lesión enorme.

Todos esos tipos de cláusulas pueden agruparse en los macrotipos de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad¹⁵⁵ que forman parte del grupo denominado cláusulas restrictivas de la responsabilidad, a las cuales también se denomina cláusulas de irresponsabilidad,¹⁵⁶ no responsabilidad o sobre la responsabilidad, entre las que se encontrarán las del objeto de la obligación porque afectan la responsabilidad.

Ahora se ilustra la manera precisa cómo se ubican dentro de las cláusulas sobre la responsabilidad, que es el término genérico que abarca a todas las cláusulas que afectan la obligación de reparación de los daños. Dentro de este criterio genérico se encuentran dos grandes grupos, aún genéricos: uno, el de las cláusulas sobre la reparación, que se refiere a los derechos, las acciones y modalidades de la reparación y otro, el de las cláusulas sobre el objeto, que son aquellas por las cuales se delimitan las obligaciones de las partes.¹⁵⁷

terminación anticipada de un contrato estatal, la cual aceptó como válida en el estudio que se hiciera de un recurso de anulación interpuesto por Carbocol contra una laudo arbitral del 4 de marzo de 1988 que daría la razón a los demandantes, en el sentido de que no era una cláusula de limitación de responsabilidad, sino de reafirmación de responsabilidad, toda vez que en ella no se dijo que solo se respondería de daño emergente. Consejo de Estado, *Sección III de 15 de mayo de 1992*, Exp. 5326.

155 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el Derecho moderno de los contratos", 143.

156 Cristina Menichino, *Clausole di irresponsabilità contrattuale* (Milán: Giuffrè, 2008), 3.

157 Delebecque, "Régime de la réparation", 14-20.

El grupo de las cláusulas sobre la reparación se conforma por cuatro subgrupos, compuestos por la cláusula penal, la de traslado de la reparación, la de agravación de la responsabilidad y la restrictiva de responsabilidad o de irresponsabilidad.

Entre las cláusulas restrictivas de responsabilidad o de irresponsabilidad se ubican tanto las de exoneración como las limitativas de responsabilidad, ambas con una amplia tipología por su contenido, efecto o aplicación sin importar su nominación. Pretenden afectar las condiciones, los efectos o las consecuencias de la responsabilidad de manera directa o indirecta,¹⁵⁸ con el fin de aligerar, disminuir, eliminar o trasladar los riesgos de la responsabilidad a la otra parte (acreedora), a quien en principio no correspondían.

Se hace referencia a las cláusulas de exoneración o limitativas de responsabilidad, de modo indistinto, pues si bien en teoría podrían diferenciarse por los grados en los que la responsabilidad se afecta, en la práctica ello resulta casi imposible, como cuando recaen sobre derechos y acciones o determinan límites temporales, manejos de prueba e incluso jurisdicción y competencia de los jueces que conocerían de ellas en tema de conflictos. De ahí que ambas se sometan a los mismos requisitos de existencia y controles de validez. Además, en la práctica, suelen oponerse por el deudor (autor de las mismas) como excepción en las contestaciones de las demandas de reparación de daños.

Desde el punto de vista procesal, la víctima que actúa como actor frente al daño, para que la cláusula restrictiva no le sea aplicada de manera válida deberá solicitar en su primera pretensión que se declare la invalidez o ineficacia de dicha cláusula de irresponsabilidad, al punto que deberá requerir su nulidad o ineficacia, porque viola sus límites de validez. Solo así pasará, en la segunda pretensión, a pedir, por una parte, que se declare el incumplimiento, al probar sus tres condiciones (daño, culpa y nexo) y, por otra, la cuantificación del daño del cual se pretendía la exoneración.

Se trata de una pretensión previa a las de solicitud y prueba de daños, pues una vez decretada la nulidad o ineficacia de la cláusula restrictiva de responsabilidad por parte de los jueces, nada se opondría a la reparación, si se prueba tanto

.....
¹⁵⁸ Una explicación esquemática del tema puede verse en Delebecque, "Régime de la réparation", 4-20; Álvarez, *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, 25 y ss.; Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 197, 129, 187, 142 y 150. García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, 126-127. Viney, Jourdain y Ghestin, *Les effets de la responsabilité*, 437-441.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

el incumplimiento como el daño y su cuantía, junto con las demás condiciones de la responsabilidad. En cuanto a la culpa, si se trata de un contrato sometido a una obligación de medios, se deberá probar, mientras que si es de resultado, al probar el incumplimiento se presumirá la culpa del deudor.

Si la cláusula restrictiva no es atacada o prospera como excepción a las pretensiones, el juez deberá verificar, de oficio, si ella es o no eficaz, ya que se podría considerar inválida, en especial bajo el régimen de la nulidad absoluta por objeto ilícito, como consecuencia de violar el orden público contractual. De lo contrario, así se declare el incumplimiento o la presencia de daño, no prosperaría su reparación debido a la existencia y validez de la cláusula de irresponsabilidad.

Por otra parte, según la voluntad de las partes para aligerar la responsabilidad, existe la posibilidad de pactar cláusulas restrictivas de responsabilidad, que pueden ser:

Directas

Se trata de un subgrupo por las que el deudor sostiene que no responderá por ciertos elementos o eventos o que lo hará solo por unos. Se destacan aquellas por las que se renuncia a algunos de los derechos o las acciones a las que el acreedor tiene derecho como consecuencia del evento dañoso o del incumplimiento.¹⁵⁹ Piénsese en la cláusula de irresolubilidad,¹⁶⁰ por la cual se prohíbe el derecho a resolver el contrato por incumplimiento o aquellas por las que se limita el quantum indemnizatorio¹⁶¹ e incluso aquellas con las que se modifican las condiciones del nacimiento de la responsabilidad (daño, nexos y culpa) o se restringe la responsabilidad con respecto a uno o varios tipos de incumplimiento (total, parcial, tardío, defectuoso, imperfecto y esencial). Sobre el incumplimiento esencial

159 Cuando mediante una cláusula limitativa de responsabilidad se renuncia al derecho de futuras reclamaciones, esta debe ser clara y precisa, pues no hay lugar a que ellas se presuman o admitan una interpretación analógica. Cámara de Comercio, *Laudo arbitral de 5 de mayo 1997. Sepúlveda Lozano Cía. Ltda. vs. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU*, 38-39. Se ha reconocido la existencia de una cláusula restrictiva como abusiva por un Laudo arbitral del 8 de septiembre de 2008, de Corpoaseo frente a Ama, citado en un interesante estudio que recopila los laudos más llamativos en tema de cláusulas abusivas: Yolima Prada, "De las cláusulas abusivas", en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI. Derecho privado*, (Bogotá: Temis, 2010), 334.

160 Sobre un listado de las diferentes cláusulas, puede verse Menichino, *Responsabilità oggettiva e clausole di esonerazione e di limitazione della responsabilità contrattuale*, 164.

161 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 1 septiembre de 2004*, Exp. 10253.

es interesante comentar que las partes podrían pactar que solo habría derecho a resolución por incumplimiento si este es de carácter esencial, es decir, un incumplimiento de tal entidad que justifique que se ejerza una resolución, pues lo que no parecería razonable es que cualquier tipo de incumplimiento, por ínfimo que sea, dé lugar a una resolución. Por ejemplo, piénsese en un contrato B2b-pyme, por el que un empresario le vende a otro 1.000 toneladas de papas para ser entregadas en el domicilio común de ambos, en un sitio que los dos han acordado y en una fecha que para ambos era razonable; llegada la fecha pactada, el deudor se presenta con 998 toneladas de la calidad exigida, pero el acreedor, al ver que no llegaron dos de las toneladas solicitadas decide aplicar la resolución automática por incumplimiento, demandar judicialmente la terminación del contrato y pedir la restitución de los dineros por el incumplimiento y la correspondiente indemnización de perjuicios. Parecería una solución exagerada ejercida por el acreedor, pero jurídicamente es correcta a la luz de nuestro sistema de Derecho privado, que por el simple incumplimiento permite al acreedor escoger entre una de dos opciones: el cumplimiento forzado o la resolución por incumplimiento del contrato y, en ambos casos, con la indemnización correspondiente de perjuicios. Si se hubiera pactado una cláusula restrictiva del derecho a la resolución solo para el caso de incumplimientos esenciales, en la que ellos hubieran determinado cuáles serían esos eventos de incumplimiento esencial y se hubiera dado una prórroga para el pago tardío de las dos toneladas faltantes, sea *in natura* o con devolución del dinero, se habría podido acordar hasta el pago de una cláusula penal de apremio y así evitar un conflicto judicial con una buena cláusula contractual equilibrada entre empresarios. Este sería el caso de una cláusula restrictiva de la acción de resolución permitida solo para incumplimientos esenciales (entendidos como aquellos que sean importantes o graves) de las obligaciones o si el cumplimiento parcial no genera interés o utilidad para el acreedor, el cual es uno de los temas que traen los PCCI de Unidroit (Artículo 7.3.1), los PDEC (Artículo 8:103, 9:301 y 8:106), el CEC (Artículo 107), los Principios Acquis (Artículo 8:301 num. 2) y el CESL (Artículos 87, 116 y 134), por los que solo se podrá pedir la resolución por incumplimiento si este es esencial o si es por retardo, pero con un plazo adicional razonable para que se cumpla. Se puede concluir que se considera incumplimiento esencial aquel que, según la naturaleza de las prestaciones, sea grave o importante y, además, recaiga sobre la obligación principal, con lo que

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

prive a la otra parte de lo que se había previsto. También lo sería si el incumplimiento es cometido con dolo.

Indirectas

Estas cláusulas surgen como consecuencia del hecho de que si la parte predisponente en los contratos asimétricos usa las cláusulas directas, es posible que la contraparte no desee contratar, lo cual no conviene a su mercado de productos. Así, sin dejar de informarlas se establecen cláusulas que, por su contenido, en principio, no restringen la responsabilidad, pero sus efectos o al momento de su aplicación, sí lo logran.

De esta manera, el comercio trata de evadir los controles a las cláusulas restrictivas y llega a los mismos efectos de manera indirecta, sin que el acreedor note, a primera vista, que se han instituido cláusulas que afectan la reparación en caso de incumplimiento o que ocurran hechos dañosos.

Las cláusulas indirectas restrictivas de responsabilidad recaen más sobre los aspectos procesales y tienen como finalidad dificultar el acceso a la justicia más que afectar los aspectos sustanciales de la teoría de la responsabilidad.

Con ellas quizás se estaría violando una obligación de información, porque si bien aparecen en el contrato —lo cual hace obligatorio que se informen—, podrían escapar al entendimiento de un consumidor medio, pues guardan silencio sobre los efectos que persiguen. Si se ejerce un control de transparencia contractual sobre ellas, se detectaría que pueden generar un desequilibrio normativo excesivo e injustificado, contrario a la buena fe, lo que haría muy probable que no superen el test de abusividad o sean contra la buena fe o ilícitas, por tener objeto ilícito.

La inquietud surge con respecto a que si la información debe ser clara, precisa y veraz, como lo impone el EC en los contratos de consumo. El interrogante será si esta información podría suministrarse en términos técnicos jurídicos o si sería necesario otorgarla en un lenguaje básico estándar, entendible para cualquier persona que celebra un contrato que, por estar obligada también a actuar de buena fe, no debería aceptarla si no la entiende.

La ley colombiana no soluciona el punto y la jurisprudencia aún no se ha manifestado; sin embargo, se creería que debieran informarse de manera general,

sin un lenguaje elaborado y tampoco en un contrato de gran extensión, pues la mayoría de los consumidores no leería todo el clausulado y terminaría desinformado, aunque técnicamente se cumpla con el requisito de informar.

Se trata de un subgrupo compuesto por aquellas cláusulas por las que se afecta la manera procesal de recurrir a una reparación.¹⁶² Dentro este grupo se destacan:

- Las cláusulas de inversión de la carga probatoria:¹⁶³ afectan la carga dinámica o la carga de probar y suelen usarse en Derecho bancario y de transporte para afectar las reglas normales de distribución que establece el *onus probandis*, en la medida en que es de orden público probar, pero no su carga. Esta situación afecta al consumidor y le dificulta la obtención de la reparación, al ponerlo en una situación de mayores trabas en la reclamación e incluso cuando se dificulta la reclamación mediante la tarifación de los medios probatorios como sucedería si se estableciera un único medio probatorio. Esta circunstancia podría surgir con las cláusulas del objeto, por las que una obligación de resultados se convierte en una de medios, pues el efecto sería acabar con la presunción de culpa del deudor y dar lugar al régimen normal de la de medio, que deberá ser probada por el acreedor.
- Las cláusulas que recortan los términos para el ejercicio de las acciones o recursos: el caso típico lo constituyen las que disminuyen el término para ejercer la resolución o señalan términos de prescripción o caducidad inferiores a los definidos por la legislación que rige un determinado contrato. Al respecto se observa que en el Derecho foráneo, en principio, son válidas.¹⁶⁴ Respecto a las cláusulas sobre los términos de prescripción, cabe

162 Etienne Montero, *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*, dir. Marcel Fontaine y Genevieve Viney (París: LGCJ, 2001), 396.

163 Para la Corte, es permitido a las partes modificar la regla sobre la prueba del incumplimiento, en aplicación del Artículo 1604 del Código Civil. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 9 diciembre de 1936*. Sin embargo, en una reciente jurisprudencia, la Corte consideró que las cláusulas por las cuales se limitan de manera indebida los medios de prueba o se modifica la carga de la prueba han sido asumidas como abusivas por la doctrina extranjera. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 2 de febrero de 2001*, Exp. 5670, folio 46. Esto no es ajeno a las nuevas normas de protección del consumo de 2009 y 2011.

164 Delogu, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, 185. Las cláusulas que reducen los términos de las acciones son restrictivas de responsabilidad y, por tanto, se someterán a sus controles. 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), 140, 148.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

aclarar que la Casación Civil en Colombia las ha proscrito, en general, con base en un fallo sobre tema de transporte.¹⁶⁵ En cambio, en Francia, desde el 17 junio de 2008, el nuevo Artículo 2254 del Code Civil permite modificar los términos procesales de las acciones de responsabilidad, de modo que los términos de prescripción podrán disminuirse o aumentarse, pero con un mínimo de un año y un máximo de diez años.

El hecho de que la Sala Civil de nuestra Corte haya sostenido en el año 1988 que los términos de prescripción son inmodificables, es una posición respetable, pero no se comparte, porque al menos debiera permitir que esos plazos se ampliaran a favor de las partes débiles, salvo donde la ley prohíbe su modificación, como expresamente se ha establecido en el contrato de seguros y en el de transporte, pues en tema de compraventa civil sí es posible modificarlos por la misma ley.

La Corte argumentó que el régimen de la prescripción comercial del contrato de transporte para reclamar los daños por incumplimiento del mismo tienen un término de prescripción corto de dos años y la Casación nacional decidió que en los contratos el término de prescripción es inmutable y en tal sentido, no admite modificación que lo aumente o disminuya, según el Artículo 993 del Código de Comercio, en el que se prohíbe su modificación convencional y, de hacerse, se considera nula.

Situación similar existe por ley para el contrato de seguro, en el que se establece que este será de dos años para la ordinaria y de cinco años para la extraordinaria, según el Artículo 1081 del Código de Comercio; se prohíbe de manera expresa cualquier modificación convencional a esos términos. Como se observa, la limitación a la posibilidad de modificar los plazos o términos limita la autonomía privada y ella ha sido establecida por ley, como también en materia de transporte y, como limitantes a la autonomía privada, ello no admite analogía ni interpretación extensiva, por lo que no parecería que pudieran aplicarse a otros contratos, salvo que la misma ley lo establezca.

Lo curioso es que, también con un par de normas legales específicas en tema de prescripción, la ley muestra que los plazos de prescripción

.....
165 Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 4 de marzo de 1988.*

pueden modificarse, como aquella que aplica en materia de los contratos de compraventa, en los que se establece que el plazo de prescripción de la acción redhibitoria será de un año para inmuebles y de seis meses para muebles. En esta norma se consagra expresamente la posibilidad de que las partes amplíen o disminuyan en plazo (Artículo 1923, Código Civil). Con respecto al pacto comisorio, la ley permite que el término de prescripción de cuatro años también sea modificado convencionalmente (Artículo 1938, Código Civil).

El argumento de la Corte no parece ser el más sólido, a menos que se aplique solo a aquellos contratos en los que la legislación consagre la prohibición de modificar esos plazos de manera convencional.¹⁶⁶ Salvo excepciones legales, los términos de prescripción admiten ser modificables, por cuanto los tiempos que en ellos aparecen no son de orden público. En cambio, lo que sí es de orden público es no estar ligado de por vida a obligaciones imprescriptibles. Sobre el particular, se remite a lo expuesto en el Derecho francés, en el que ya es posible modificar los términos de prescripción, con un mínimo de un año y un máximo de diez.

- Cláusula sobre jurisdicción y competencia:¹⁶⁷ mediante este tipo de pactos, las partes suelen escoger una jurisdicción determinada, que sería la arbitral e incluso podría ser un tribunal foráneo como la Cámara de Comercio de París, Nueva York o Shanghái. Podría escoger según sus domicilios, pero por los altos costos que implica un arbitramento, la parte acreedora quizás preferiría no demandar, y en ese caso, se logra el mismo efecto restrictivo de la responsabilidad del deudor.

Desde el punto de vista interpretativo, cuando la ley prohíbe expresamente ambos tipos de cláusulas restrictivas, es claro que las limitativas y las exonerativas están prohibidas, pero cuando el intérprete se interroga sobre qué debe entenderse cuando la ley solo establece que las cláusulas de exoneración de responsabilidad son prohibidas, la respuesta no parece obvia y se generarían discusiones. Se considera que, para esa específica eventualidad, las cláusulas de limitación de

.....
166 Las partes pueden renunciar a términos, pues no todos los términos son inmodificables. Corte Suprema de Justicia, *Sala de Casación Civil de 27 de junio de 1940*; Santos, *Instituciones de responsabilidad civil*, 176-177.

167 Muñiz, *Las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual*, 25-28.

•Delimitación conceptual y análisis de la tipología de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

responsabilidad resultarían permitidas, a diferencia de aquellas de exoneración que aparecen expresamente prohibidas.¹⁶⁸

En cambio, cuando la ley prohíbe expresamente solo las cláusulas de limitación de responsabilidad, se debe entender que no solo ellas están prohibidas, sino que además también lo estarán las de exoneración o de exclusión de responsabilidad. A esta posición se llega con un argumento lógico, consistente en que quien no puede lo menos, no podrá lo más.

La jurisprudencia francesa¹⁶⁹ ha considerado con acierto que, cuando se está en presencia de cláusulas que establecen límites de responsabilidad irrisorios, se trata en realidad de una cláusula de exoneración, aunque se presente disfrazada con una cláusula de limitación. Si para cierto contrato particular la ley prohíbe a las partes pactar una cláusula de exoneración y las partes establecen una cláusula de limitación irrisoria, deberá ser declarada nula, por cuanto deberá considerarse por su efecto como una cláusula de exclusión de responsabilidad.

Las cláusulas restrictivas tampoco se deberían confundir con figuras semejantes que afectan la reparación con efectos similares, pero que no son lo mismo.¹⁷⁰ Así, se tiene:

- a. La cláusula penal porque las penales operan como una cifra fija o *forfait* indemnizatorio, que podría acumularse a la reparación cuando la penal sea expresamente pactada como una cláusula penal cumulativa, también llamada de apremio. Cuando son irrisorias y simples, podrían controlarse por su efecto como restrictivas, como cuando se cuantifican de manera anticipada los perjuicios. En este caso, constituye una cláusula para eludir la responsabilidad.¹⁷¹
- b. Las cláusulas de traslado de la reparación, toda vez que no hay exoneración o limitación de la reparación, sino que la víctima es resarcida

168 Le Tourneau y Cadiet, *Droit de la responsabilité civile*, 325.

169 Cass. civ, 7 mai 1945, *D*, 1945, 1, 93; Cass. com, 4 mai 1959; Mazeaud, Mazeaud y François, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 130; Le Tourneau y Cadiet, *Droit de la responsabilité civile*, 331; Starck, *Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité*, 161.

170 Para todos los efectos, se remite a Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil*, 176-201.

171 Luciana Cabella Pisu, "Inadempimento e mora del debitore", en *Diritto civile. Obligazioni*. Vol III, T. 1, *rapporto obbligatorio*, dir. Nicolo Lipari y Pietro Rescigno (Milán: Giuffrè, 2009), 674.

- efectivamente por un seguro o por un tercero. El EC las considera abusivas (Artículo 43, Ley 1480 de 2011) en tema de contratos de consumo y, aunque no se comparte esa consagración legal, así quedó y así aplicará.
- c. Las cláusulas de agravación de responsabilidad, pues son el sentido opuesto a las restrictivas, por cuanto con ellas el deudor termina por responder con más de lo que por ley le correspondería y, aunque podría pactarse una amplia tipología, porque no han tenido mayor oposición, a menos que sean abusivas, recaerían sobre la amplitud de la responsabilidad, en especial sobre las condiciones y los efectos, así como sobre las consecuencias, pues son para agravar y no para restringir la responsabilidad. Piénsese, por ejemplo, cuando con una cláusula de agravación la parte asume que responderá hasta de los eventos de culpa levísima en un contrato de depósito oneroso, en los que, por ley, solo se responde en principio por culpa leve y levísima.
 - d. Las limitaciones legales de la reparación, que buscan por ley asegurar un mínimo indemnizable con carácter de orden público, que dejarían de aplicar si el incumplimiento conlleva dolo o culpa grave. En ese caso, la indemnización dependerá de lo que se pruebe, así sea superior al *forfait* o cifra fija indemnizatoria.