

Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Restrictive liability clauses: analysis of their validity in the Ecuadorian legal system

SOPHIA LOBATO CASTRO*

Recibido / Received: 14/01/2023

Aceptado / Accepted: 20/03/2023

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2883>

Citación:

Lobato Castro, S. “Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 1, mayo de 2023, <http://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2883>

* Lexvalor Abogados, Abogada Asociada, Av. 12 de octubre y Coruña N24-774, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, USFQ, Ecuador. Correo electrónico: slobato@lexvalor.com. ORCID iD: orcid.org/0000-0003-0818-2956

RESUMEN

El presente trabajo desarrolló el debate sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para lo cual, se analizaron dos posturas: la primera sostiene la invalidez de las cláusulas por considerar que, pactarlas en el ámbito contractual, constituye una renuncia al derecho de acción e impulsa la negligencia del deudor. La segunda, por el contrario, permite su pacto siempre que no vulnere los límites generales y especiales de la autonomía de la voluntad. Para establecer cuál debe aplicarse en el sistema jurídico ecuatoriano, se estudió doctrina comparativa y jurisprudencia, sobre la base de las normas legales que permiten sostener dichas posturas. Así, se estableció que las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas. El ensayo concluye que dichas cláusulas no constituyen una renuncia al derecho de acción, pues su estipulación se realiza previo a la existencia de este derecho que nace con el incumplimiento.

PALABRAS CLAVE

Daños; indemnización; cláusulas de limitación de la responsabilidad; renuncia a la acción; autonomía de la voluntad

ABSTRACT:

This paper developed the debate of the validity of restrictive liability clauses in the Ecuadorian legal system. Therefore, two positions were analyzed: the first one holds that the clauses are invalid because it is considered that agreeing on them within the contractual sphere constitutes a waiver of the right of action and encourages the debtor's negligence. The second one allows their agreement as long as it doesn't violate the general and special limits to the autonomy of the will. To establish which thesis should be applied in the Ecuadorian legal system, comparative doctrine and jurisprudence were studied based on the legal regulations. Hence, it was established that the restrictive liability clauses are valid. The essay concludes that such clauses don't constitute a waiver of the right of action, since their covenant is prior to the existence of this right, which is born with the breach.

KEYWORDS

Damages; indemnity; limitation of liability clauses; waiver of action; autonomy of will

1. INTRODUCCIÓN

La globalización y el avance de las relaciones comerciales permitieron el desarrollo de diversos negocios jurídicos con el objetivo de maximizar los beneficios en la contratación. Para que ello sea posible, fue preciso crear contratos flexibles, abiertos, imaginativos y sistemáticos, que permitan alcanzar nuevos niveles de eficiencia dentro del mercado.¹ Uno de los avances más importantes fueron las cláusulas restrictivas de responsabilidad, entendidas como “[...] negocios jurídicos que consisten en la exclusión voluntaria de la aplicación de las normas que imponen la responsabilidad civil”.² A través de ellas, las partes pueden limitar o exonerar la responsabilidad del deudor frente a distintos supuestos y reducir el riesgo de contratación para facilitar el desarrollo de negocios jurídicos de una forma más eficiente.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad³ han sido estudiadas y tratadas con detalle en varios ordenamientos jurídicos del mundo como aquellos de Francia, Italia y Colombia. A pesar de su importancia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha desarrollado la figura en su integralidad. Por el contrario, las pocas referencias incluidas en la normativa son vagas y no establecen un tratamiento adecuado, pues se encuentran esparcidas a lo largo de los cuerpos normativos vigentes.

La validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad depende de la naturaleza jurídica que se les adscriba. Al respecto, la doctrina ha establecido dos posturas. La primera propugna la invalidez de las cláusulas restrictivas puesto que estas suprimen la diligencia del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, más aún cuando son exonerativas, bajo el argumento de que conllevan la renuncia al derecho de acción. La segunda postura, amparada por la mayoría de la doctrina, acepta la validez de este tipo de cláusulas, fundamentándose en el principio de la autonomía de la voluntad y libertad contractual.

Dentro de este contexto doctrinal, el presente trabajo busca responder a la pregunta: ¿son válidas las cláusulas restrictivas de responsabilidad? Este problema jurídico ha generado grandes discusiones y complejidades, principalmente para quienes realizan contrataciones masivas y buscan desligarse de las altas cuantías que implica un proceso judicial por daños en materia contractual.⁴

1 Cristina D. Doddi, *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005), 157.

2 Natalia Álvarez Lata, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil” *Universidad de Coruña* (1997): 535, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18211>.

3 Se utilizará el término “cláusulas restrictivas y de irresponsabilidad” como sinónimo para englobar a aquellas cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad.

4 En el derecho de consumo, estas cláusulas son denominadas ‘abusivas’ y se pactan dentro de los contratos de adhesión.

El tema en estudio adquiere relevancia doctrinaria y jurisprudencial en la medida en que las relaciones contractuales están presentes en la cotidianidad. Determinar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad permitirá su regulación uniforme dentro del ordenamiento jurídico, brindará criterios al juzgador al momento de resolver casos concretos que las contengan y facilitará la determinación de la reparación.

Por lo expuesto, este trabajo abordará los límites sobre los cuales recaen las cláusulas restrictivas de responsabilidad, para permitir un estudio sobre cómo su validez se subsume dentro de los lineamientos establecidos por la propia ley, el orden público y los límites especiales. Aun así, antes de iniciar el análisis conviene aclarar que el tema de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se centra en las relaciones contractuales fuera del ámbito de consumo. Esto porque, en dicha materia, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (en adelante LODC) prescribe la nulidad de las referidas estipulaciones y enfatiza su carácter abusivo. Sin embargo, en este estudio sí se hará referencia al régimen de consumo, por contraste, argumentación o alcance. Para establecer los fundamentos de validez sobre el tema de análisis, se empleará la metodología doctrinaria, debido a que la doctrina ha esgrimido dos tesis sobre el problema planteado, que delimitan el alcance de este trabajo.

2. NORMATIVA RELEVANTE

Este trabajo se enfocará en determinar la validez de las cláusulas en las relaciones contractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible renuncia al derecho de acción, sobre la base de la doctrina, jurisprudencia e instrumentos internacionales que desarrollan el tema expuesto.⁵

La Constitución de la República del Ecuador contempla el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual.⁶ Se puede determinar, entonces, que los contratantes son libres de pactar las cláusulas que consideren más convenientes para cumplir con sus expectativas contractuales. Por ello, se analizará este principio gobernador en materia contractual civil y sus limitaciones respecto a la validez de las cláusulas restrictivas en dichos contratos.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce de forma superficial algunas referencias a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, sin establecer un régimen concreto para su tratamiento. En materia de consumo, por ejemplo, el artículo 43 de la LODC prescribe la sanción de nulidad –de pleno

5 El trabajo no abordará las cláusulas penales u otro tipo de cláusulas que están fuera del objeto del planteamiento del problema jurídico. La cláusula penal aumenta la indemnización o la sustituye, mientras que la cláusula restrictiva de responsabilidad, la reduce o suprime.

6 Artículo 66.16, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

derecho— para aquellas cláusulas que eximan, limiten o atenúen la responsabilidad y las categoriza como abusivas.⁷ Por el contrario, dentro del área civil y en lo que atañe a relaciones entre partes iguales, no existe prohibición alguna para pactar cláusulas de este tipo. Al respecto, el artículo 1561 del Código Civil (en adelante CC), materializa el principio de autonomía de la voluntad en la libertad contractual.⁸ Asimismo, el artículo 1563, que contempla las gradaciones de culpa en materia contractual, señala que aquellas disposiciones aplican, sin perjuicio de lo que la ley y las partes hayan pactado.⁹ En este sentido, en principio, se puede determinar que la autonomía de la voluntad y el principio de la responsabilidad están sujetos a modificaciones.

Es fundamental establecer que si bien el principio de libertad contractual es necesario, tiene sus límites en la ley, la moral y las buenas costumbres y, en definitiva, el orden público.¹⁰ Sobre esos límites establecidos, y precisamente en materia contractual, el artículo 1481 del CC establece que no vale la condonación del dolo futuro.¹¹ Por ello, es preciso determinar si las cláusulas restrictivas de responsabilidad se enmarcan en este supuesto, para establecer su validez.

En este orden de ideas, se hace referencia al artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe que los jueces en el ejercicio de sus funciones acudirán a la doctrina y jurisprudencia para interpretar y delimitar el ordenamiento jurídico.¹² Por ello, se utilizarán los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para realizar el presente análisis.

Finalmente, se analizará la figura en la jurisprudencia colombiana, en los Principios *UNIDROIT* y Principios de Derecho Europeo de los Contratos para determinar el tratamiento que realizan tales instrumentos sobre las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Se considerará la validez de las estipulaciones en ciertos contratos civiles y mercantiles, para el estudio práctico del tema en cuestión.

3. AUTORES RELEVANTES EN LA MATERIA

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad han sido estudiadas y analizadas por la doctrina. Sin embargo, en el Ecuador no se ha hecho referencia al tema de estudio. A continuación se recogen posturas de autores relevantes que han discutido el tema.

7 Artículo 43, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor [LODC], R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

8 Artículo 1561, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

9 Id., Artículo 1563.

10 Id., Artículo 1477.

11 Id., Artículo 1481.

12 Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

José Manuel Gual las define como aquellos pactos por los que las partes restringen las condiciones o efectos de la responsabilidad.¹³ Es en razón de la autonomía de la voluntad, que las partes podrían condicionar su responsabilidad para establecer estipulaciones que se adecúen a su modelo contractual.

Asimismo, Mazeaud considera que los sujetos, al amparo de la libertad contractual, pueden contemplar cláusulas de extensión, atenuación y exoneración para regular su responsabilidad.¹⁴ Las cláusulas restrictivas no solo exoneran al deudor de su cumplimiento, sino que pueden modular su responsabilidad y, de considerarlo conveniente, extenderla en ciertos casos.

María Bernal Fandiño, establece que la razón de ser de las cláusulas restrictivas es distribuir el riesgo en la contratación.¹⁵ Por ello, la finalidad de las cláusulas de irresponsabilidad es permitir a las partes pactar las condiciones necesarias para realizar sus transacciones, de la manera y forma que consideren conveniente para coadyuvar a la eficiencia del contrato.

Por otro lado, Manuel García engloba a las cláusulas restrictivas de responsabilidad bajo el concepto de cláusulas limitativas. Considera que, al hablar de la limitación, se entiende la exoneración y disminución de responsabilidad. Así, señala que el término limitación es “[...] el más expresivo y único capaz de comprender significativamente todas las situaciones que se aluden a restringir la responsabilidad contractual”.¹⁶

Otros autores como Barros Bourie, reconocen que aquello que resulta ilícito y, en consecuencia, da lugar a un daño indemnizable, puede ser alterado en virtud de las autorizaciones contractuales que contienen cláusulas de irresponsabilidad.¹⁷ En virtud de las estipulaciones que realizan las partes sobre la responsabilidad, se puede limitar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

4. APROXIMACIÓN Y TESIS RESPECTO DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

El derecho de daños, cuyo fundamento es la reparación de la víctima, se ha desarrollado dentro del ámbito contractual y extracontractual.¹⁸ En el primero, la responsabilidad nace del incumplimiento de la obligación contenida en el

13 José Manuel Gual Acosta, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Un acercamiento a sus principales problemáticas”, en *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*, ed. Álvaro Echeverry Uruburo, José Manuel Gual Acosta y Joaquín Emilio Acosta Rodríguez (Bogotá: Ibáñez, 2013), 285.

14 Henri Mazeaud, Léon Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Buenos Aires: Ejea, 1963), 7-9.

15 Mariana Bernal Fandiño, “Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Privado* 1, (Enero 2019): 195, <http://dx.doi.org/10.15425/2017.201>.

16 Manuel García Amigo, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (Madrid: Tecnos, 1965), 87.

17 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 1997.

18 *Ibid.*, 216.

contrato. En el segundo, por el contrario, la responsabilidad nace de diversas fuentes como el delito y el cuasidelito. En consecuencia, tanto en materia contractual como extracontractual se configura el principio de reparación integral del daño. Ello no impidió que la jurisprudencia y la doctrina establezcan que el principio no es absoluto. En este sentido, las cláusulas restrictivas de responsabilidad son una limitación al principio de la reparación integral y, sobre su validez, se han desarrollado dos tesis.

4.1. TESIS SOBRE LA INVALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS

Esta tesis rechaza la validez de las cláusulas bajo el argumento de que existe negligencia para con el acreedor, puesto que a través de ellas se exime o se limita la responsabilidad del deudor de reparar los daños causados en el cumplimiento de su obligación.¹⁹ Autores como Barros Bourie, afirman que no puede hablarse de un contrato si el deudor está facultado para su incumplimiento, en razón de que entonces sus obligaciones estarían determinadas por su mera voluntad.²⁰ Es trascendental, en ese sentido, diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que tienen incidencia sobre el objeto, como las entregadas a la sola voluntad del deudor, que serán analizadas a lo largo del trabajo.²¹

Las objeciones a las estipulaciones de responsabilidad han tomado fuerza en materias con regímenes especiales, donde una de las partes contractuales está en posición de desventaja respecto de la otra, ya sea por factores de información o poder.²² Sin embargo, existe una problemática en la aplicación de estos límites en materias especiales, debido a que se ha vuelto complicado diferenciar entre aquellas cláusulas que atacan a las obligaciones del contrato, y las cláusulas restrictivas que surgen de la patología del incumplimiento imputable al deudor.²³

Algunos autores enfatizan en la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando existe una exoneración para el deudor.²⁴ En este contexto, el argumento se centra en que este tipo de cláusulas equivale a la renuncia al derecho de acción para el acreedor frente al incumplimiento.

19 Joel González Castillo, "Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites", *Revista Chilena de Derecho* 38 (Abril 2011): 91, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000100005>.

20 Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1097.

21 La postura de validez establecerá que las cláusulas restrictivas serán eficaces únicamente si no se elimina la obligación esencial materia del contrato, tema que por su complejidad se analizará más adelante.

22 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 233.

23 Indira Díaz Lindao, "Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos", *Revista de Derecho Privado* 23 (Julio a diciembre 2012): 183, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662012000200007.

24 Ibid.

4.2. TESIS SOBRE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

Esta postura se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad,²⁵ que permite a las partes pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus relaciones contractuales. A continuación, se revisarán los criterios expuestos por la doctrina.

La expresión de la autonomía privada se traduce en la posibilidad de contemplar las disposiciones que las partes requieran para sus vínculos contractuales. Así, Abeliuk y Somarriva las consideran válidas con base en el artículo 1563 del CC, precepto referente a la culpa del deudor que, en su inciso final, permite la alteración o adecuación de la responsabilidad por la convención entre las partes.²⁶

Los criterios que se toman en cuenta para dotar de validez a las cláusulas de responsabilidad, también tienen incidencia en el ámbito económico. Distintos ordenamientos de la Comunidad Europea, permiten su inclusión en los negocios jurídicos recordando que, si bien en principio son válidas, esa validez está subordinada a los límites de la libertad contractual.²⁷ En esta línea de ideas, José Gual establece que, por medio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las empresas pueden ser más competitivas y reducir la responsabilidad o riesgo que sin emplearlas podría ser más gravoso. Incluso, menciona que ellas permiten el crecimiento del sector financiero;²⁸ lo que coadyuva a que las empresas se inserten en la globalización y garanticen su eficiencia. El autor reconoce que, si existen cláusulas limitativas de responsabilidad que establezcan *plafonds*,²⁹ los procesos judiciales se desarrollarían con celeridad en razón de que, gracias a ellas, el juez no deberá emplear un tiempo excesivo en la cuantificación del daño.

De las posturas expuestas, se evidencia que la tesis de validez le otorga fundamental importancia al principio de la libertad contractual. Confirma tal punto de vista la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes de Colombia. Las mismas establecen que las cláusulas de irresponsabilidad son válidas mientras no sobrepasen los límites establecidos por la ley, el orden público y los regímenes especiales.³⁰

25 José Manuel Gual, "Cláusulas restrictivas de responsabilidad", 278.

26 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 851.

27 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 130.

28 José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 36.

29 *Ibid.* Los *plafonds* son techos indemnizatorios que sirven para limitar el monto a indemnizarse, se encasillan dentro de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

30 Ver, José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 48.

La postura contraria es renuente a la validez de estas cláusulas por considerar que, a través de ellas, se impulsa la negligencia del deudor y que, al pactar cláusulas exonerativas, el cumplimiento de la obligación se sujeta a una expresión de la mera voluntad del deudor. Sin embargo, este punto de vista es criticable. La diferencia es sustancial cuando se trata de obligaciones esenciales y otras que recaen sobre obligaciones accesorias.³¹ Tal posición es aceptable tan solo en la medida en que se centre en las relaciones asimétricas,³² en las que existe un riesgo para la parte débil, como es el caso de las relaciones de consumo.³³

Una vez analizadas las posturas referentes al tema en discusión, se estudiarán las diferentes posiciones doctrinarias con la finalidad de sugerir un régimen que puede ser aplicable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La segunda postura se adecúa al principio gobernador en materia civil: la autonomía de la voluntad y libertad negocial. Por ello, para dar respuesta a la interrogante planteada, se armonizará esta postura sobre la base de la experiencia del derecho comparativo y la jurisprudencia en la materia, anticipando que la validez de las cláusulas restrictivas se considera la posición más acertada.

5. PRINCIPIOS RELEVANTES A LA DISCUSIÓN

5.1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUNDAMENTO DE VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD

La autonomía de la voluntad es el principio rector que gobierna el desarrollo y la evolución de los negocios jurídicos. A través de ella, los sujetos gozan de la potestad para definir y reglar sus intereses y, a su vez, lograr sus objetivos dentro del mundo jurídico.³⁴ Por medio de este mecanismo, las personas pueden crear relaciones jurídicas con las estipulaciones y contenidos, dentro del marco normativo, de tal forma que se garantice el equilibrio entre las partes.³⁵

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de la autonomía de la voluntad se materializa en la libertad contractual, conforme lo establece el artículo 1561 del CC que prescribe “[t]odo contrato celebrado es ley para los contratantes [...]” o, *pacta sunt servanda*.³⁶ Esa libertad se resume en dos principios: (i) libertad de conclusión y (ii) libertad de configuración interna.³⁷

31 María Candelaria Domínguez Guillén, *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 294.

32 Se analizará en la sección 7.3 el ordenamiento jurídico ecuatoriano en este sentido.

33 Ver, Joel González Castillo, “Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes”, 99.

34 Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 93.

35 *Ibid.*, 95.

36 Artículo 1561, CC. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que la libertad de contratación es aquel derecho que “[...] permite a las personas suscribir contratos para poder realizar actividades económicas y productivas”. Causa No. 24-18-IN/21, Corte Constitucional, 22 de septiembre de 2021, párr. 40-42.

37 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 106.

Por un lado, a través de la libertad de conclusión, las partes pueden contratar libremente con los sujetos que elijan, para realizar las convenciones necesarias a sus objetivos y, consecuentemente, nadie puede ser obligado a celebrar contratos ni realizarlos con personas previamente establecidas.³⁸

Por otro lado, la libertad de configuración interna es el principio necesario que permite a las partes establecer los tipos contractuales previstos por la ley –contratos típicos– o, en su defecto, combinar elementos distintos y crear figuras no contempladas en el sistema jurídico –contratos atípicos–.³⁹ De esta manera, a través de ellos, es posible pactar las cláusulas que mejor equilibren los intereses contrapuestos de los sujetos intervinientes en la relación contractual. Cabe recalcar que si bien este principio y elemento es esencial para la formación del contrato y su nacimiento a la vida jurídica, no es absoluto en sí mismo. Al contrario, se encuentra temperado por los límites establecidos en la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, los cuales delimitan la libertad contractual con la finalidad de que prevalezcan aquellas estipulaciones que, de acuerdo con el ordenamiento, sean válidas.⁴⁰ Otros límites a este principio buscan el equilibrio contractual sobre la base de la buena fe y garantizan que los contratantes se miren como partes iguales. A manera de ejemplo, se contemplan las prohibiciones de ciertas cláusulas en materia de consumo.

La autonomía de la voluntad es el fundamento por el cual, en principio, los contratantes podrían pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad.⁴¹ El origen de estas cláusulas ha generado debates entre los doctrinarios, pues hay quienes establecen que las cláusulas restrictivas disminuyen la diligencia del deudor en el cumplimiento del objeto contractual. Por el contrario, quienes se respaldan en este principio, permiten su incorporación dentro de los contratos y resaltan la validez de dichas estipulaciones.

Se intuye que los límites a la autonomía de la voluntad aplicarían a las cláusulas de irresponsabilidad. Sin embargo, cabe preguntarse si estos serán los únicos límites aplicables a dichas cláusulas. Por el momento, se puede adelantar que la respuesta a esta interrogante es negativa. Si bien los límites a la autonomía de la voluntad se configuran para alcanzar a las cláusulas restrictivas, los regímenes especiales también se consideran un límite a esta figura. A lo largo de este trabajo se estudiarán los límites de la libertad contractual respecto a las cláusulas limitativas, para arribar al tema en análisis: su validez.

38 Ibid.

39 Ibid., 109.

40 Los límites a la autonomía de la voluntad y consecuentemente, a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se analizarán en la Sección 7.

41 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 56.

5.2. REPARACIÓN INTEGRAL

El principio de la reparación integral forma parte del sistema general de compensación del daño y rige su indemnización contenida en el artículo 2214 del CC.⁴² En el Ecuador y en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, esta figura goza de protección constitucional y tiene cabida cuando existe una afectación, principalmente, a los derechos fundamentales.⁴³ En este contexto, el deber de reparar nace como consecuencia de un menoscabo a los derechos y su alcance está determinado por los daños sufridos.⁴⁴ Se ha establecido que la reparación integral tiene limitaciones como la jurisprudencia, la ley y las estipulaciones convencionales. Estas limitaciones no derogan este principio, por el contrario, son enteramente compatibles con su reconocimiento.⁴⁵

A manera de ejemplo, la ley contempla *plafonds* que constituyen limitaciones a la reparación integral. Dentro de las indemnizaciones en materia de transporte de mercaderías marítimas, específicamente en el retraso de la entrega, el Código de Comercio establece en su artículo 1006, que la responsabilidad del transportador se limita “[...] a una suma equivalente a dos veces y medio el flete que deba pagarse por las mercancías pero no excederá de la cuantía total del flete que deba pagarse en virtud del respectivo contrato de transporte [...]”.⁴⁶ Por ello, en este ámbito se deja de lado la evaluación del daño y es evidente que existe una limitación al principio en estudio.

En una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dentro de un caso de transporte de mercaderías, se estableció que en el supuesto de que no se cumpla la obligación de señalar el valor de la mercancía, el transportador puede ampararse en una cláusula de limitación de la responsabilidad con sus *plafonds*. Sin embargo, a pesar de que la contraparte no llenó el formulario declarativo del valor de las mercancías, adjuntó la factura que demostraba dicho valor. En consecuencia, se declaró la invalidez de la cláusula y se otorgó la indemnización por el valor de la mercadería.⁴⁷

Los límites a las cláusulas en estudio también pueden ser convencionales. En este orden de ideas, las partes pueden acordar, por ejemplo, los techos máximos para la reparación ante un posible incumplimiento o, incluso, exonerar de la reparación al deudor. Estos límites encuentran su fundamento en el auge del comercio y las relaciones contractuales, que conllevan la asunción de riesgos

42 Pamela Aguirre Castro y Pablo Alarcón Peña, “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Foro Revista de Derecho* (2018): 126, <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8>.

43 Aguirre y Alarcón, “El estándar de la reparación integral”, 124.

44 *Ibid.*

45 Ramón Domínguez Águila, “Los límites al principio de reparación integral”. *Revista Chilena de Derecho Privado* 15, (Diciembre 2010): 9, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>.

46 Artículo 1006, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

47 Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de lo Civil y Mercantil, 8 de septiembre de 2011, pág. 107.

exorbitantes. En tal sentido, las cláusulas restrictivas de responsabilidad constituyen un verdadero límite a la reparación integral sin oponerse a ella.

En conclusión, se puede observar que el principio de reparación integral tiene limitaciones que son de diversa índole y pueden apreciarse en varios ámbitos de las relaciones jurídicas. Las limitaciones convencionales, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no vulneran en ninguna forma la reparación integral, sino más bien establecen disposiciones contractuales que, al disminuir el riesgo, fomentan las iniciativas para la creación de productos, actividad comercial y tráfico internacional.⁴⁸

6. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS

6.1. CLÁUSULAS EXONERATIVAS Y LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD: UN TRATAMIENTO INTEGRAL

La amplia gama de cláusulas de irresponsabilidad obliga a definir y encasillar a los tipos de cláusulas restrictivas dentro de diversas categorías. El estudio de la tipología de estas cláusulas conlleva al análisis de su funcionalidad, pues es en el ámbito contractual donde se encuentra latente el desarrollo y la forma de operar de estas figuras.⁴⁹ En este contexto, el presente trabajo se limitará al análisis de las cláusulas exonerativas y limitativas, es decir, de aquellas que atacan a la obligación indemnizatoria *per se*.

La primera función de las cláusulas restrictivas es limitar la responsabilidad del deudor, antes de que nazca el incumplimiento y, consecuentemente, permitir a las partes reglamentar sus intereses. Es importante tomar en cuenta que las cláusulas de este tipo se crean antes del nacimiento de la obligación indemnizatoria y, por tanto, se anticipa de esta manera su diferencia ante una posible renuncia al derecho de acción.⁵⁰ Entonces, las figuras en estudio son aquellas que pretenden excluir de forma voluntaria a las normas que regulan la responsabilidad civil en materia contractual.⁵¹

Las cláusulas restrictivas son de dos tipos: exonerativas y limitativas. Las cláusulas exonerativas son aquellas que guardan relación directa con la obligación de resarcir el daño causado e inciden en los criterios de imputación de la responsabilidad.⁵² Las limitativas, por otro lado, se refieren al *quantum* indemnizatorio, es decir, al alcance del resarcimiento.⁵³ Sin embargo, la consideración de estas

48 Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, pág. 107.

49 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 22.

50 El debate sobre la existencia de renuncia de las acciones, se desarrollará en la Sección 8.

51 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 125.

52 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 149.

53 *Ibid.*

últimas ha sido objeto de discusión. Una parte de la doctrina considera que ellas no solo se manifiestan al momento de la evaluación del daño, sino también a lo largo del período de incumplimiento imputable.⁵⁴

Esta diferenciación ha permitido establecer que, en ciertos casos, las cláusulas exonerativas de responsabilidad carecen de validez. Algunos autores mencionan que estas figuras constituyen una herramienta para liberar al deudor de su responsabilidad y dejar al acreedor sin ningún tipo de reparación,⁵⁵ posición que no se comparte en razón de que, aun cuando se exonere al deudor de la responsabilidad, quedan otros medios para el ejercicio y cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, en cuanto a ejemplos concretos, las cláusulas que pudieran pactar las partes en virtud de su libertad contractual son infinitas.⁵⁶ No obstante, algunos autores han realizado una enumeración –no taxativa– que permite dar luces de qué connotaciones pueden tener las diferentes cláusulas.⁵⁷ El siguiente cuadro ilustra algunas de las más utilizadas.

Tabla 1: Tipos de cláusulas de irresponsabilidad

Cláusulas exonerativas	Cláusulas limitativas
1. Aquellas que recaen sobre el tipo de daño a resarcir. ⁵⁸	1. Aquellas que permiten establecer el <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en caso de incumplimiento del contrato o de las obligaciones contractuales.
2. Aquellas que alteran el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad, reduciendo el grado de diligencia que asume el deudor.	2. Aquellas que establecen un <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en alguno de los supuestos descritos en los numerales 1, 4 y 5 de las cláusulas exonerativas.
3. Aquellas que alteran el criterio de imputación objetivo de responsabilidad.	3. Aquellas que determinan una modalidad específica para la reparación.
4. Aquellas que eximen la responsabilidad del deudor cuando existe retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.	
5. Aquellas que eximen de responsabilidad al deudor en situaciones específicas.	

Fuente: elaboración propia a partir de Indira Díaz Lindao.⁵⁹

54 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 106. La forma de entender las cláusulas de irresponsabilidad será todo pacto en el que el deudor no incurrirá o incurrirá de manera limitada en las sanciones que deriven de su incumplimiento.

55 Domínguez, *Curso de Derecho Civil*, 292-294.

56 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 115.

57 *Ibid.*, 118-121. Otros autores han clasificado las cláusulas restrictivas en directas e indirectas. Las directas son aquellas establecidas por las partes en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones. Las indirectas son aquellas que excluyen de forma tácita la operatividad de las reglas comunes de responsabilidad.

58 Por ejemplo: daño emergente o lucro cesante.

59 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 150.

Del cuadro anterior se desprende que existen diferencias sustanciales entre los distintos tipos de cláusulas de irresponsabilidad. Por un lado, las cláusulas exonerativas tienen mayor incidencia en la obligación de resarcir el daño ocasionado y, por otro lado, las limitativas –en general– tienen relación con el *quantum* resarcitorio.⁶⁰ En este contexto se reconoce que, evidentemente, las cláusulas exonerativas son más gravosas para el principio de reparación integral del daño, como se mencionó anteriormente.

Así, dentro de un contrato de compraventa se podría pactar que el vendedor no responde por los vicios ocultos de la cosa vendida.⁶¹ Esta cláusula de irresponsabilidad será válida en virtud de la voluntad de las partes y porque la ley permite esta renuncia. Sin embargo, su nulidad podría estar supeditada al conocimiento previo del deudor sobre el vicio de la cosa o al hecho de que se pactase la cláusula con dolo o culpa grave.⁶² La presente cláusula se encasilla en las limitativas de responsabilidad, pues el deudor no responde únicamente por la figura de vicios ocultos, lo que dejaría a salvo los otros derechos del comprador.

Los distintos instrumentos de carácter internacional, que buscan una uniformización del derecho de los contratos y las obligaciones que se desprenden de ellos, también conceden el mismo tratamiento tanto a las cláusulas exonerativas como a las limitativas.⁶³ En este contexto, los principios *UNIDROIT* (*Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*), que parten de la premisa de la libertad contractual, establecen en su artículo 7.1.6, un régimen sobre cláusulas de exoneración.⁶⁴ La importancia de que los principios *UNIDROIT* contemplen la regulación de las cláusulas exonerativas, brinda luces sobre el tratamiento equivalente a las cláusulas de irresponsabilidad. Así, dicho instrumento prevé los principios generales aplicables a las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad bajo un mismo título.

De igual forma, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante PDEC), en su artículo 8:109, alinean en conjunto, en el mismo epígrafe, el régimen de validez de ambos tipos de cláusulas. Finalmente, el Código Europeo de Contratos otorga el mismo tratamiento a las figuras.⁶⁵ Estos instrumentos internacionales denotan la trascendencia de contemplar las cláusulas en el régimen jurídico y de establecer disposiciones guía para su uso contractual. De esta manera, se reviste de validez a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

60 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 102.

61 Ver, José Alejandro Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y mercantiles*, (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2017), 144.

62 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 350.

63 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 350.

64 Consejo Directivo de Unidroit - Principios Unidroit, 2016, <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

65 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 654.

6.2. CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD SOBRE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Es importante establecer las diferencias entre las cláusulas de irresponsabilidad respecto de aquellas que, por el contrario, afectan a la obligación *per se*. Indira Díaz se refiere a las primeras como aquellas que actúan sucesivamente a la definición de las obligaciones.⁶⁶ Ello implica que las cláusulas restrictivas actúan al momento de la imputabilidad de su cumplimiento.⁶⁷ Es preciso mencionar que, si no existe una obligación previamente pactada, no puede hablarse de una cláusula exonerativa o limitativa.

Por otro lado, las cláusulas que se refieren a la obligación esencial tienen incidencia en el cumplimiento de aquello a lo que el deudor se ha obligado en virtud del contrato. Algunos autores consideran que no es viable pactar una cláusula que pueda eximir al deudor de su obligación principal.⁶⁸ La jurisprudencia establece que la causa del contrato y su finalidad son los límites de las cláusulas exonerativas.⁶⁹ Asimismo, en virtud del equilibrio contractual, pactar este tipo de cláusula conllevaría a poder burlar cualquier intención seria de obligación y afectaría la validez de la convención.

La diferencia entre ellas es necesaria para esclarecer el régimen de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Por un lado, está la autonomía de la voluntad de las partes que no puede interferir con el serio cumplimiento de la obligación y, por otro, se encuentra la interrogante de la validez de las cláusulas exonerativas halladas dentro de la patología, una vez producido el incumplimiento de la obligación.⁷⁰

La jurisprudencia de distintos países se ha pronunciado para buscar diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que recaen sobre la obligación esencial.⁷¹ A pesar de que la línea se torne casi imperceptible dentro de la diferenciación de dichas cláusulas, se han logrado establecer parámetros que permiten juzgarlas con apropiado discernimiento. Este análisis se evidencia en el caso *Chronopost*, que sentó las bases para la jurisprudencia francesa de aquella validez sobre las cláusulas de irresponsabilidad, y su estudio en una doble línea sobre la obligación principal.⁷²

66 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 183.

67 *Ibid.*, 183.

68 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 34.

69 *Ibid.* 32.

70 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 183.

71 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

72 Thomas Genicon, "El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas". *Revista Chilena de Derecho Privado* 13 (Diciembre 2009): 123-125, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722009000200003>. Posteriormente, se emitió la sentencia del Caso EDF, en el que la empresa de electricidad se exceptuó del *quantum* indemnizatorio por los daños en los equipos de una empresa, debido a una cláusula limitativa en el contrato. La Corte de Apelación estableció que al tratarse de una cláusula que no se refiere a cualquier tipo de incumplimiento, sino a uno en específico, es válida.

El caso hace referencia a un contrato de transporte de correo que ofrecía la Sociedad *Chronopost*. Su obligación consistía en entregar un documento dentro de un término específicamente señalado dentro del contrato, entrega que no se produjo de conformidad al mismo. El contrato incluía también una cláusula a través de la cual, en caso de incumplimiento, se respondería únicamente con el precio del envío. Es decir, se estableció un *plafond* por el incumplimiento de la obligación.⁷³ La Corte de Casación de Francia señaló que la naturaleza del contrato de transporte tiene como propósito intrínseco el garantizar la celeridad y fiabilidad del servicio. De existir un plazo para su cumplimiento, la cláusula que limitaba la responsabilidad sobre la obligación esencial debía reputarse como no escrita.⁷⁴ El argumento utilizado por la Corte se fundamentó en la ausencia de causa.

A pesar de que este razonamiento brinda luces para diferenciar las cláusulas en estudio; es importante mencionar que, al momento de la emisión del fallo mencionado, el mismo fue objeto de numerosas críticas. Tales puntos de vista señalaban que, por medio de esta sentencia, se declaraba casi totalmente la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Entre dichos argumentos se alega la imprecisión sobre la definición de obligación esencial.⁷⁵

La Corte Suprema de Justicia de Colombia analizó un contrato de servicios de lavado de vehículos, en el que existía una cláusula que obligaba al proveedor únicamente a la prestación del servicio, liberándolo de la custodia del bien. La Corte señaló que, a partir de un análisis sobre el objeto del contrato se puede constatar que, en todo servicio que requiera la entrega de un bien, implica, necesaria e indispensablemente, la obligación de cuidado de ese bien.⁷⁶ Así, esta cláusula recae sobre la obligación esencial. Por otro lado, estimó, a través de un segundo análisis, que la cláusula exonerativa de responsabilidad sería inválida por existir dolo, en razón de que el deudor se exime, por intermedio de dicha cláusula, de la obligación esencial que es propia de la naturaleza de ese contrato.⁷⁷

Al respecto, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es interesante considerar el contrato de seguros. Este permite pactar cláusulas delimitadoras que describen, especifican e individualizan el riesgo que será objeto de cobertura.⁷⁸ Evidentemente, este contrato incluye estipulaciones que tienen una incidencia directa sobre su objeto contractual, pues las partes lo celebran por su aversión al riesgo. Al mismo tiempo, la aseguradora tiene la

⁷³ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 30.

⁷⁴ *Ibid.*, 125.

⁷⁵ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 30.

⁷⁶ Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 187.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Abel B. Veiga Copo, "Sobre el seguro de responsabilidad civil", en *Derecho de Daños 2013*, dir. M. Herrador (Pamplona: Thomson Reuters. 2013), 710.

obligación de delimitar las obligaciones y, consecuentemente, establecer los riesgos que serán cubiertos dentro del mismo.⁷⁹

Sobre este contrato ha existido un debate en relación al tipo de cláusulas que se deben pactar para que cumpla con su finalidad. La jurisprudencia y la doctrina han establecido que, dentro del contrato de seguro, es posible pactar cláusulas delimitadoras respecto de su objeto mismo, en razón de que los riesgos son diversos y de diferente índole.⁸⁰ De esta manera, aquellas cláusulas escapan al tamiz de validez al que están sometidas las cláusulas limitativas, y se permiten aquellas que versan sobre la obligación principal.

Cabe recalcar que, en algunos regímenes jurídicos como Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, se ha superado el debate de las cláusulas que versan sobre la obligación esencial. Por ello, se permite que las partes estipulen cláusulas de irresponsabilidad únicamente con la salvedad de que estas no contraríen el principio de la buena fe contractual y que, en dicha cláusula, exista un equilibrio entre las partes.⁸¹ De esta manera, se indica que no tiene sentido prohibir la estipulación de cláusulas de responsabilidad sobre el incumplimiento de obligaciones esenciales.

Es necesario entonces que el juzgador pueda hacer un análisis de doble control para que, antes de declarar la nulidad de una cláusula por tratarse de la obligación principal, pueda definir exactamente si la estipulación perjudica la integridad contractual y la obligación inherente a la convención. Se destaca en este punto el trabajo de la Corte Suprema de Colombia, pues realizó este análisis desde dos perspectivas.

Si bien la diferencia entre las cláusulas puede ser relativamente simple de observar dentro de la teoría, determinar esta diferencia en la práctica no es trabajo fácil. En consecuencia, resulta indispensable que la jurisprudencia aplique un control de validez único, que permita examinar los límites frente a cada caso concreto, pues las partes podrían redactar las cláusulas de una manera tal que no sería factible diferenciar entre unas y otras.⁸²

En el sistema jurídico ecuatoriano, ya existe un régimen especial para los consumidores, el cual prohíbe las cláusulas eximentes, restrictivas o limitativas de responsabilidad y se refieren a ellas como 'cláusulas abusivas' en los contratos de adhesión.⁸³ Por ello, a continuación, se estudiarán los límites generales a

79 Ibid., 688.

80 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 148.

81 Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

82 Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 150.

83 Artículo 42, LODC.

las cláusulas restrictivas de responsabilidad para, posteriormente, llegar a los límites especiales: las relaciones de consumo.

7. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y A LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD

7.1. ORDEN PÚBLICO

La autonomía de la voluntad y, consecuentemente, la libertad contractual no son facultades absolutas. Los límites generales a estos principios se encuentran establecidos en los artículos 1561 y 1477 del CC, delimitaciones que guían a la autonomía privada, para que, en virtud de los negocios jurídicos celebrados, se garantice la protección y no vulneración de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.⁸⁴

En primer lugar, el orden público contempla aquellas cláusulas generales que regulan y otorgan flexibilidad a los negocios jurídicos, para salvaguardar los valores y creencias de un determinado lugar.⁸⁵ Así, el orden público está conformado por aquellos preceptos o directrices que se consideran no disponibles jurídicamente. Las leyes imperativas, principios generales del derecho y valores recogidos por el ordenamiento jurídico conforman el orden público.⁸⁶

Para efectos de este análisis, se considerará que el orden público engloba a las limitaciones legales, valorativas y morales que inciden en el orden privado. El orden público contractual se considerará a través de dos aristas: (i) el orden público político y (ii) el orden público económico. El primero hace referencia a la organización social del Estado y la libertad del individuo. El segundo a un conjunto de reglas imperativas que aplican cuando se produce un daño a los sujetos de derecho.⁸⁷

Para garantizar que las partes no vulneren el orden público en virtud de la autonomía de la voluntad, es necesario que las estipulaciones contractuales se enmarquen en la ley y la buena fe. Dicho esto, debe tomarse en cuenta que hay ámbitos dentro de los cuales los particulares podrán excluir o limitar la responsabilidad, en virtud de las cláusulas que permiten lograr ese efecto —eximentes o limitativas—, siempre y cuando en aquellas no exista una vulneración al orden público.⁸⁸

84 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 130.

85 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 161.

86 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 132.

87 Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 220.

88 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 137.

El orden público, además, contempla normas imperativas que limitarán la libertad de los particulares. Así, la LODC establece la prohibición de pactar las cláusulas abusivas en relaciones donde existe una parte débil como son las relaciones de consumo, un ámbito dentro del cual se evidencia la presencia de un orden público proteccionista respecto al equilibrio contractual.⁸⁹ De esta forma, se salvaguardan los intereses de los consumidores en sus relaciones jurídicas.⁹⁰

El artículo 1563 del CC permite a las partes modificar la responsabilidad en virtud de la convención. Queda entonces establecido que, el pactar este tipo de cláusulas en otras relaciones diferentes de aquellas establecidas entre proveedor y consumidor es, en principio, válido. Sin embargo, resulta importante recordar que otros límites pueden también interferir dentro de la regulación de las cláusulas restrictivas y, a su vez, poner en discusión la posibilidad de que una cláusula restrictiva de responsabilidad puede constituir o no una renuncia de la acción para el acreedor.

Finalmente, el orden público se refiere también a la posibilidad de pactar cláusulas respecto a los daños sufridos,⁹¹ la buena fe y el abuso del derecho. Este trabajo no pretende analizar cada uno de estos aspectos, pero debe mencionarse que la amplitud del orden público es, sin lugar a dudas, una limitación a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. A continuación, se desarrollará el dolo futuro como límite legal a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

7.2. DOLO FUTURO Y CULPA GRAVE

Otro límite que incide dentro del pacto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es el dolo. El dolo en materia contractual debe ser entendido como la actitud del deudor por la que “[...] de forma deliberada y sin que haya causa extraña que se lo impida, incumple sus obligaciones [...]”.⁹² Cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito extracontractual, no se precisa que el deudor tenga la intención de causarle un daño al acreedor; basta tan solo el incumplimiento deliberado de la obligación.

El dolo constituye la acción u omisión del deudor en la que, de forma consciente, incumple sus obligaciones.⁹³ A partir de este incumplimiento se genera el daño y las consecuencias que nacen de aquel son las que el deudor buscó y, sin embargo, no adoptó las medidas necesarias para evitar que suceda. Por

89 Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 221.

90 *Ibid.*, 221.

91 Las cláusulas restrictivas de responsabilidad en relaciones médico-paciente han sido altamente discutidas. La posición a favor de pactarlas contempla que ciertos tratados internacionales establecen *plafonds* que avalúan las pérdidas sufridas por las personas en accidentes. Otros autores consideran que las relaciones médicas son de orden público, por tanto, la limitación del médico podría ser muy perjudicial para el desarrollo del tratamiento al paciente.

92 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Bogotá: Legis, 2010), 11-31.

93 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 156.

ello, para hablar de su existencia, es fundamental que el sujeto conozca la cualidad del daño producido, de lo contrario se trataría del vicio de error.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 1481 del CC prescribe que la condonación del dolo futuro no tiene validez.⁹⁴ Manuel García ha mencionado que este artículo tiene particular relación con el límite descrito en la sección anterior —el orden público—; puesto que las convenciones que atenúan la responsabilidad procedente del dolo atentan contra este límite. García menciona que el contrato es un instrumento base para la organización social y, por tanto, el eliminar la responsabilidad por dolo, conllevaría a la supresión del contrato mismo.⁹⁵

Se ha mencionado, por otro lado, que las cláusulas restrictivas que condonen el dolo futuro, pueden interferir con el principio fundamental que establece que el contrato es ley para las partes, facultando así el incumplimiento del deudor.⁹⁶ De hecho, se han desarrollado otras consideraciones respecto al dolo como límite de las cláusulas materia de estudio puesto que, al pactar este tipo de estipulaciones, se configuran condiciones suspensivas meramente potestativas del deudor, prohibidas por el CC. Dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, conlleva la nulidad de dicha cláusula.⁹⁷

También se ha establecido que el contemplar cláusulas restrictivas de responsabilidad dolosas en los contratos onerosos, incide sobre el elemento —causa— de los contratos, pues al pactarlas no existiría una contraprestación para el cumplimiento del deudor. De estas consideraciones se entiende que la autonomía de la voluntad de los contratantes no puede sobrepasar el límite del dolo y, por ende, las cláusulas de irresponsabilidad que condonen el dolo futuro no tendrían validez.

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido la nulidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando exista dolo. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia señaló —con motivo de un contrato de transporte— que limitar la responsabilidad del deudor a 1.000,00 sucres respecto de la pérdida de la mercadería, atentó contra la prohibición de condonar el dolo futuro. Ello, puesto que se comprobó por facturas, que el valor de la mercadería era superior al que estableció la cláusula de limitación de responsabilidad.⁹⁸ El análisis realizado por la Corte en este caso se subsume en que, si el acreedor pudo comprobar el valor de las mercaderías, pactar una cláusula limitativa de responsabilidad implicaría condonar el incumplimiento, pues lo que corresponde es resarcir por el monto exacto.

⁹⁴ Artículo 1481, CC.

⁹⁵ García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 139.

⁹⁶ *Ibid.*, 138.

⁹⁷ *Ibid.*, 139.

⁹⁸ Juan José Bustamante c. Víctor Encalada, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, pág. 2787.

Cabe preguntarse si el límite del dolo respecto a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se extiende hacia la culpa grave, pues no es ajeno el debate de equiparar la culpa grave al dolo. En el sistema jurídico ecuatoriano existen artículos que corroboran esta similitud. El artículo 29 del CC establece en su primer inciso que la culpa grave equivale al dolo.⁹⁹ En este sentido, se deja de lado el debate que, en otros ordenamientos, por falta de una norma expresa que contenga tal equiparación, todavía existe. No obstante, hay criterios que optan por declarar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad aun cuando existe culpa grave.¹⁰⁰

Estos criterios surgen de un análisis extensivo de la norma pues hay quienes consideran que, si bien la culpa grave se equipara al dolo, no sucede lo mismo de forma contraria. Así, aquellas cláusulas que incurran en la culpa grave del deudor, serían en principio válidas por no alcanzar el límite prescrito sobre la condonación del dolo futuro y, para analizar si el deudor ha incurrido en culpa grave, se debe comparar su conducta respecto a un deudor ideal.¹⁰¹ Se adelanta al lector que el criterio anteriormente expuesto no se comparte en razón de que, a pesar de que no exista una prohibición expresa como es la condonación del dolo, la culpa grave también constituye materia de orden público.¹⁰²

Por otro lado, el artículo 1574 del CC contempla que el deudor responde únicamente por aquellos perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento de la suscripción del contrato. La norma establece que, si existe dolo, el deudor responde por aquellos perjuicios que son resultado inmediato o directo de cumplirse la obligación.¹⁰³ Entonces, el legislador realiza una extensión de la responsabilidad en caso de verificarse la conducta dolosa del deudor, ratificando su consideración como límite en el tema tratado. En este contexto, una cláusula que exima o limite la responsabilidad del deudor respetando los límites del dolo y culpa grave, sería, en principio, válida.¹⁰⁴

7.3. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES EN MATERIA DE CONSUMO COMO LÍMITE ESPECÍFICO A LAS CLÁUSULAS DE IRRESPONSABILIDAD

El derecho de consumo en el Ecuador es proteccionista respecto a los sujetos que intervienen dentro de dichas relaciones, en especial el consumidor. La asimetría existente en los negocios jurídicos de este tipo justifica la preocupación del legislador por establecer normas que salvaguarden los derechos del

99 Artículo 29, CC.

100 Tal es el caso de Albaladejo y Castán (Manuel Albaladejo García y José María Castán Vázquez), quienes optan por declarar la validez de las cláusulas por cuanto no existe prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa, siempre que no deje de ser culpa y se convierta en dolo. García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 145.

101 *Ibid.*, 146.

102 *Ibid.*, 147.

103 Artículo 1574, CC.

104 Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 162.

consumidor, considerado como la parte débil en la relación contractual. En consecuencia, el principio de protección del consumidor es el “[...] responsable del endurecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad”.¹⁰⁵

Las relaciones de consumo son aquellas en las que el consumidor es el destinatario final del producto o servicio materia de la relación contractual.¹⁰⁶ En otras relaciones, si bien hay proveeduría de bienes o servicios, como en el caso de la distribución, el distribuido no es el destinatario final de ese producto, y, por lo tanto, no se encuentra en la esfera de protección de las relaciones de consumo. La LODC en su artículo 42 establece la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas,¹⁰⁷ entre ellas: las que “[...] limiten, exoneren o atenúen la responsabilidad”.¹⁰⁸ En este contexto, existe una prohibición expresa y consecuentemente, una sanción de nulidad para aquellos contratos que las contemplan.

La doctrina ha realizado distintos análisis sobre la sanción, la presunción de abuso y el carácter de las cláusulas de irresponsabilidad en materia de consumo, considerando este ámbito un límite especial para la autonomía de la voluntad. Incluso, ha establecido que pactarlas contraría el orden público.¹⁰⁹ De esta manera, la particular desventaja encontrada es la inclusión de las cláusulas restrictivas dentro de los contratos de adhesión.¹¹⁰ Los contratos de adhesión son una figura que ha recibido varias críticas por considerar que en ellos no existe la voluntad —el elemento esencial para celebrar un contrato—. Esto se fundamenta en que, generalmente, las cláusulas existentes en dichos contratos no fueron discutidas por las partes, sino interpuestas por el proveedor del bien o servicio.¹¹¹

El derecho colombiano se ha encargado de clasificar dichas cláusulas en tres tipos: (i) cláusulas blancas: aquellas en las que el juez debe determinar en cada caso el carácter abusivo; (ii) cláusulas grises: implican una presunción legal que admite prueba en contrario para demostrar que estas no son abusivas; (iii) cláusulas negras: establecen una presunción de derecho respecto de lo abusivo de las cláusulas restrictivas de responsabilidad.¹¹²

Con la finalidad de dejar sentada una idea sobre las cláusulas abusivas en materia de derecho de consumo, se describe el caso chileno de *Milad vs. ADT Securities*. Las mencionadas empresas celebraron un contrato de servicios de

105 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 233.

106 Artículo 2, LODC.

107 En materia de consumo, las cláusulas abusivas engloban a las limitativas, exonerativas y atenuantes.

108 Artículo 42, LODC.

109 José Manuel Gual Acosta, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma” *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 8, (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008): 26.

110 Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 17.

111 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 214. En el mismo sentido, la sentencia No. 10253 de Colombia, establece que en los contratos de adhesión opera la autonomía de la voluntad. Es decir que, la adhesión como tal, no excluye la participación voluntaria de quien la hace.

112 Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 171.

supervisión remota de alarmas, en el que ADT se obligó a supervisar la seguridad de los establecimientos de Milad. Sin embargo, estos fueron objeto de robo sin que la empresa de seguridad lo haya detectado. En su defensa, ADT alegó que el contrato tenía una cláusula eximente de responsabilidad en caso de que se cortaran los cables que transmitían la señal de la alarma.¹¹³

La Corte de Apelaciones declaró la invalidez de ese tipo de cláusulas por considerarlas abusivas, debido a que excluyen el deber de la empresa de responder por la obligación de seguridad.¹¹⁴ A partir del presente caso, se evidencia que el tratamiento de las cláusulas abusivas en materia de consumo es totalmente distinto de aquel establecido en materia civil, en virtud de que se presume lo abusivo de la estipulación cuando se trata de la responsabilidad de la persona que presta el servicio o vende el producto.¹¹⁵

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha establecido cláusulas que contemplan la presunción de derecho y la sanción de nulidad absoluta, por lo que podrían considerarse negras.¹¹⁶ Si bien esta posición enmarca una protección y facilidad para la parte débil de la relación jurídica, muchos autores han criticado las normas de este tipo, por considerarlas excesivas.¹¹⁷ Es importante recordar que los derechos del consumidor tienen rango constitucional.¹¹⁸ Por ello, estipular las cláusulas restrictivas en cualquiera de sus tipos conllevaría a un análisis constitucional sobre las facultades del consumidor, y consecuentemente, de reforma de la LODC. Por el momento, el presente trabajo dejará de lado las relaciones de los consumidores.

Finalmente, los límites estudiados –generales o específicos– en materia de cláusulas restrictivas de responsabilidad, permiten delimitar el campo de actuación de estas figuras, dejando a salvo si es que una vez cumplidos estos límites las partes pueden pactarlas en sus relaciones contractuales o si, por el contrario, establecer estas estipulaciones constituye una renuncia al derecho de acción y, por lo tanto, serían inválidas dentro de los contratos. Tal como se ha establecido en los acápites precedentes, la respuesta no resulta sencilla. A continuación, se configurará la posición dentro del debate propuesto a lo largo del presente trabajo.

8. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD:

113 *Snack Adventure Alimentos Limitada c. ADT Security Services S.A.*, Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2014, párr. 468.

114 Rodrigo Momberg Uribe, "Derecho de Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* 25, (2015): 282.

115 Un caso similar ocurrió en Ecuador. Ver Expediente de Casación 254, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de junio de 2006, pág. 5.

116 Las cláusulas mencionadas se observan en la LODC.

117 Abeliuk, *Las obligaciones*, 851.

118 Artículo 52, Constitución de la República del Ecuador.

¿EXISTE UNA RENUNCIA AL DERECHO DE ACCIÓN?

Luego de analizar los límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, es necesario acudir a la discusión sobre la renuncia al derecho de acción que finalmente desemboca en la validez o invalidez de la figura. En primer lugar, se establece que las cláusulas de irresponsabilidad se pactan con anterioridad a la producción del incumplimiento y del daño y, consecuentemente, la responsabilidad a la que da lugar. Dado que las estipulaciones contractuales son previas al incumplimiento, no puede existir una renuncia al derecho de acción pues, por definición, ésta es el abandono de un derecho que se tiene o de una situación en la que se está.¹¹⁹

Entonces, tal como menciona Natalia Álvarez, las cláusulas restrictivas no son una renuncia al derecho de acción sino, por el contrario, un acto de exclusión de la eficacia de la ley.¹²⁰ Los actos de exclusión de la eficacia de la ley son aquellos pactos a través de los cuales los sujetos intervinientes excluyen disposiciones normativas que aplicarían si no se realizara tal estipulación. En este sentido, las cláusulas restrictivas no son una renuncia a un derecho adquirido, porque este nace únicamente con el incumplimiento que da lugar a la acción para reclamar los daños y perjuicios. Sin su existencia, las partes no renuncian a un derecho sino a la mera expectativa de aquel.

Cabe señalar que, si la renuncia se produce después del incumplimiento, ello no acarrearía los problemas que atañen al presente enunciado pues, si las partes ya conocen el valor de la reparación por el incumplimiento, se vuelve menos riesgoso pactar las cláusulas de irresponsabilidad.¹²¹ Así, por ejemplo, en un contrato de compraventa mercantil donde la pérdida de mercadería y el daño tengan un valor de 700 dólares, será más fácil poder renunciar al derecho de indemnización, toda vez que las partes tendrían pleno conocimiento previo del posible daño.

En síntesis, la renuncia *per se* ataca a un derecho subjetivo, es decir, a aquellas facultades que tienen las personas de hacer o no hacer algo. Hernando Devis Echandía explica que la renuncia se realiza sobre un derecho sustancial subjetivo y la obligación correlativa del sujeto.¹²² Por el contrario, las cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad atacan al derecho objetivo, es decir a la norma misma.

En materia de responsabilidad contractual, el pacto de estas cláusulas excluye a la disposición del artículo 1573 del CC, que establece que la indemnización

119 Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 6-8.

120 Ibid.

121 Ibid., 7.

122 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 79.

de perjuicios se debe a partir de que el deudor es constituido en mora o desde el momento de la contravención, en caso de obligaciones de no hacer.¹²³ En consecuencia, al no existir una renuncia del derecho de acción, los fundamentos de validez toman fuerza. De esta manera, cumplidos los requisitos de los límites a la autonomía de la voluntad y los límites especiales, se establece que las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo determinó dos posturas sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. La postura que defiende la invalidez de dichas cláusulas considera que emplearlas constituye impulsar la negligencia del deudor en el cumplimiento de las obligaciones o el uso de estas cláusulas como una renuncia al derecho de acción. La posición que se argumentó en este trabajo es novedosa porque recoge la validez de la figura dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, tema que no ha sido abordado anteriormente.

La validez de las cláusulas se respaldó sobre la base de criterios doctrinarios de José Manuel Gual y Natalia Álvarez, quienes esgrimen el argumento sólido de que pactar dichas cláusulas no constituye una renuncia al derecho de acción. Por el contrario, constituye una exclusión de la eficacia de la ley, pues su pacto se realiza previo al incumplimiento y consecuentemente a la existencia de un daño. De esta manera, se evidencia que es la autonomía privada el poder concedido a los particulares para que regulen sus intereses y puedan pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus relaciones comerciales.

A su vez, la legislación y documentos internacionales recogen los principios que promueven la uniformidad en el tratamiento de las cláusulas restrictivas para dotar de validez a su estipulación. En consecuencia, las relaciones comerciales requieren la implementación de las cláusulas restrictivas en el marco de la contratación, para disminuir o suprimir el riesgo que acarrearán los negocios jurídicos.

Dentro de este contexto, se recuerda al lector que el carácter de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad está supeditado a los límites propios de los negocios jurídicos y los especiales que inciden en su tratamiento. Se describió cada uno de ellos para delimitar que esta validez no es absoluta, sino que debe cumplir con el respeto al orden público y que no aplica en las relaciones de consumo o si estas cláusulas versan sobre la obligación principal. Respecto de las cláusulas que versan sobre la obligación principal, es necesario recalcar que el pactarlas elimina cualquier intención seria del cumplimiento de la obligación. Por lo tanto, a través de la jurisprudencia, se debe realizar un control de validez que permita examinar los límites en cada caso concreto,

123 Artículo 1573, CC.

de manera que se declare la invalidez de las cláusulas que tengan por objeto suprimir el cumplimiento de la obligación principal.

Una de las limitaciones que se encontró a lo largo del estudio, es la falta de doctrina y jurisprudencia que traten las cláusulas restrictivas de responsabilidad en el Ecuador. No obstante, el desarrollo de esta figura en otros países permitió su estudio y delimitación. Específicamente, a través de un análisis de derecho comparativo con la jurisprudencia colombiana, se determinó que, en ciertos casos, la invalidez de las cláusulas se produce porque fueron pactadas con dolo o porque se subsumían en relaciones de consumo, expresamente prohibidas por la ley.

Es imprescindible que la Corte Nacional de Justicia estudie a fondo las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus decisiones y desarrolle una línea jurisprudencial aplicable para el tratamiento de validez de las cláusulas. De esta manera, se contribuye al mejoramiento de las relaciones contractuales en cada caso en concreto.

Finalmente, a partir de este trabajo nacen dos recomendaciones. La primera es el desarrollo de un sistema uniforme dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que regule el tratamiento de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Ello, con la finalidad de limitar las arbitrariedades en su valoración y brindar una guía al intérprete. Como segunda recomendación, una vez analizada la validez de estas cláusulas en el ámbito contractual, en trabajos futuros se podrá estudiar su validez en el ámbito extracontractual.