

EL RESURGIMIENTO DE LOS PACTOS LIMITATIVOS EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL: PROPUESTA DE UNA NUEVA REGULACIÓN PARA AMÉRICA Y EUROPA* *RE-EMERGENCE OF LIMITING AGREEMENTS IN THE INTERNATIONAL CONTRACTS: A DEVELOPED REGIME FOR AMERICAN AND EUROPEAN SYSTEMS*

Carmen RUIZ SUTIL**

RESUMEN: Las cláusulas de exoneración de responsabilidad son complicadas de negociar en el ámbito internacional, al quedar cuestionada su validez. La mayor parte de la doctrina considera que el comercio internacional necesita de la validez de estas cláusulas para fomentar la celebración de contratos que, en caso contrario, supondría un riesgo contractual demasiado elevado. Desde una visión comparada, comprobamos que los ordenamientos nacionales han desarrollado controles específicos, al igual que los textos internacionales de unificación contractual. El estudio cataloga en tres bloques los límites que afectan la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad, adoptando una propuesta de *lege ferenda* que armonice y envuelva a los límites existentes en los sistemas jurídicos estudiados para que las diferencias no sean tan sustanciales. Dicha fórmula intenta minimizar los riesgos y garantizar el máximo de seguridad jurídica y eficiencia en la contratación internacional.

ABSTRACT: *Excluding liability clauses are complicated to negotiate on an international level because its validity can be easily challenged. For the major part of doctrine, the international commerce needs the validity of these clauses in order to enhance the contracts' celebration. Otherwise, it would suppose a very high contractual risk. From a comparative point of view, we realize that national legal systems have developed specific control tools, as well as the international conventions of contractual unification. In this study, we have classified in three blocks the limits that affect the validity of the excluding or restricting liability clauses, we have therefore adopted a "lege ferenda" proposal in order to harmonize and to wrap up the existing limits in the legal systems so that the differences are no longer that significant. This formula tries to minimize the risks and to ensure to the maximum the legal security and efficiency in international contracts.*

Palabras clave: responsabilidad por incumplimiento; límites sobre razonabilidad; obligación esencial del contrato; buena fe; conductas dolosa o culposa; deudor; propuesta de *lege ferenda*.

Keywords: *Liability for Non-Performance; The Contract's Main Obligation; Good Faith; Fraudulent or Guilty Behavior; Debtor; Lege Ferenda Proposal.*

* Artículo recibido el 2 de julio de 2014 y aceptado para su publicación el 29 de enero de 2015.

** Profesora en el Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada, España, ruizsuti@ugr.es.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 143,
mayo-agosto de 2015, pp. 763-798

D. R. © 2015. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SUMARIO: I. *El auge de los pactos limitativos de la responsabilidad en la contratación internacional.* II. *El derecho europeo, el americano y los instrumentos internacionales de armonización ante las cláusulas de limitación.* III. *Límites a la validez de las cláusulas de exoneración.* IV. *Reflexiones finales y propuesta de leyferenda para un régimen positivado.*

I. EL AUGE DE LOS PACTOS LIMITATIVOS DE LA RESPONSABILIDAD EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

En el ámbito internacional es frecuente añadir a los contratos cláusulas destinadas a imponer a las partes o a una de ellas una responsabilidad mayor o menor de la que legalmente es prevista en caso de incumplimiento.¹ En el escenario del comercio internacional, las obligaciones y los riesgos asumidos por las partes pueden alcanzar cifras astronómicas, por lo que aquéllas aceptan contratar —en la medida en que pueden— mecanismos de eliminación de las posibles consecuencias económicas derivadas de su incumplimiento. Estas posibilidades son, entre otras, las convenciones sobre responsabilidad, que tienen su eficacia circunscrita, en principio, a lo dispuesto por los intervinientes en la relación contractual con la finalidad de eliminar total o parcialmente la obligación de indemnizar o, en su caso, fijar un máximo en la cantidad exigible e, incluso, liquidar anticipadamente los daños.

El resurgimiento de las cláusulas de limitación o exclusión en la responsabilidad viene motivado por la práctica generalizada del derecho contractual internacional en confiar en la función que éstas cumplen, que no es otra que atenuar el alcance de la obligación asumida por el deudor.² Esta fórmula permite ajustar el régimen de responsabilidad de los contra-

¹ Rajski, J., “Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité”, *RDAI*, 2002, núms. 3 y 4, pp. 321-328; Bourdelois, B., “L’exécution du contrat international”, *Lamy Contrats internationaux*, París, 1995, pp. 1-54, esp. 37-44; Rawach, E., “La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises”, *RIDC*, núm. 1, 2001, pp. 141 y ss., en http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_2001_num_53_1_18015 (consultada en mayo de 2014); Fontaine, M. y De Ly, F., *Droit des contrats internationaux, analyse et rédaction de clauses*, 2a. ed., 2003, Bruselas, Bruylant, pp. 383-433.

² Véase Chappuis, C., “Les clauses fixant l’étendue de la responsabilité du débiteur”, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruselas, Bruylant, 2005, pp. 61-92, esp. 62-64.

tantes cuando concurren las circunstancias pactadas,³ lo que conlleva al logro de ciertas operaciones desarrolladas en sectores económicos sometidos a situaciones de inseguridad o con socios de países cuyos sistemas financieros aún no han alcanzado un nivel de estabilidad. Y es que las diferencias de ámbitos políticos, económicos y jurídicos entre los países, crean o aumentan los riesgos financieros que acompañan la celebración de un contrato.⁴ En consecuencia, la delimitación de la responsabilidad puede impulsar los intercambios y la cooperación económica internacional, favoreciendo la innovación y el progreso técnico, además de contribuir a la estabilización del régimen de responsabilidad contractual en el ámbito internacional. Aunque estos pactos se han convertido en una técnica utilizada para establecer un reparto de los riesgos⁵ en el ámbito de las transacciones internacionales, también interesan para determinar una distribución de los beneficios entre las partes contratantes.⁶ La mayor internacionalización de los contratos, propia de la era de la globalización, obliga al derecho de los Estados a adaptarse a esta nueva realidad. Esta tendencia se observa con claridad en los textos que intentan unificar el derecho contractual, como en el artículo 7.1.6 de los Principios Unidroit 2010 (en adelante PU),⁷ en el artículo 8:109 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (en adelante PECL)⁸ y en el artículo III- 3:105 del Proyecto Marco Común de Referencia (en adelante DCFR).⁹

³ Philippe, D., *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruselas, Bruylant, 1986.

⁴ Sleight, S. H. P., "La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale y en marchandises (Le point de vue anglais)", *Gazette du Palais*, núm. 111, 1991, pp. 612-615; y en *Gazette du Palais*, núm. 112, 1992, pp. 266-268.

⁵ Como dijo Galgano, F., *Diritto civile e commerciale*, 2a. ed., Milán, Cedom, 1993, t. II, vol. 2, p. 64, "el enfoque comercial que pesa sobre estas cláusulas implica que se conviertan en un instrumento óptimo de reparto de riesgo empresarial derivado de la contratación".

⁶ Véase Yates, D., *Exclusion Clauses in Contracts*, Londres, Sweet & Maxwell, 1978, p. 7.

⁷ Fontaine, M., "Les clauses exonératoires et les indemnités contractuelles dans les Principes d'Unidroit: Observations critiques", *Uniform Law Review* (en adelante *Unif. Law Rev.*), 1998-2/3, pp. 405-419.

⁸ Véase Lando, O. y Beale, H., *Principios de derecho contractual europeo. Partes I y II* (versión española), Madrid, Consejo General del Notariado, 2003, pp. 565-574.

⁹ Varios autores, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, pp. 818-826, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf (consultada en mayo de 2014).

En el ámbito internacional, la posibilidad de las partes de limitar o excluir su responsabilidad es una cuestión sujeta a la ley que rige el contrato (*lex contractus*). Esta afirmación coincide con el artículo 4o. del Convenio de Viena (CV) de 1980, donde la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad dependerá de la ley nacional aplicable al contrato de compraventa internacional, ya que a esta Convención no le concierne los problemas de esta índole.¹⁰ Por consiguiente, la respuesta a la cuestión primordial que agita al régimen de las cláusulas de irresponsabilidad contractual habrá que localizarla en la ley que rige el contrato.¹¹

Antes de abordar el presente trabajo, debemos advertir que esta investigación se circunscribe a los pactos de exclusión o limitación de la responsabilidad en los contratos internacionales realizados por los particulares, razón por la que se omite en este análisis la exoneración legal en el cumplimiento de las obligaciones contractuales,¹² al quedar esta última fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes. En general, nos ceñiremos a los pactos insertados en un contrato en el que las partes se hallen en una posición de sustancial igualdad real y que, además del régimen atenuado de responsabilidad para el deudor, tienen alguna contrapartida para el acreedor, por ejemplo, el pago de un precio más bajo o la posibili-

¹⁰ Resulta paradójico que el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías tuviera intención crear una ley uniforme para regir los contratos de compraventa internacional, sin proponer soluciones a la cuestión de la validez de los mismos. Audit, B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990, pp. 31 y ss.; Plantard, J. P., “Un nouveau droit uniforme de la vente internationale”, *J.D.I.*, 1988, pp. 331 y ss., esp. 326.

¹¹ Lagarde, P., “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans le droit international privé”, en Ghestin, J. (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, París, LGDJ, 1991, pp. 19-41, esp. 20; Audit, B., *La vente internationale...*, cit., núm. 37, p. 33.

¹² El fundamento y la validez jurídica no residen en el acuerdo de las partes en orden a la exclusión de responsabilidad, sino en la voluntad del propio legislador que ha considerado conveniente limitarla. Generalmente se trata de limitaciones del *quantum respondeatur* o la responsabilidad de los agentes de determinados daños, como sucede en el artículo 22 del Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo internacional; el artículo 11 del Convenio de Roma de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras o el artículo 3o. del Convenio de Bruselas de 1957 sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques que navegen por alta mar, reformado por el Protocolo modificativo de 1979.

dad de obtener un servicio determinado.¹³ También excluimos de nuestra investigación a ciertos fenómenos de restricción de responsabilidad que no participan de este requisito (*ad. ex.* declaraciones unilaterales de exclusión de responsabilidad, la asunción de riesgos, cláusulas restrictivas en el ámbito de la contratación estandarizada...).¹⁴

Existe una gran variedad de expresiones para designar este tipo de convenciones en el derecho español, como son las cláusulas de exclusión, limitación o restrictivas de la responsabilidad, condiciones o cláusulas de exoneración de la responsabilidad, convenciones de no responsabilidad, etcétera),¹⁵ que se ve ampliada por la terminología usada en derecho comparado.¹⁶ No se encuentra en la doctrina mayoritaria ni en la jurisprudencia definiciones ampliamente comprensivas de todos los casos de limitación o exoneración negocial de la responsabilidad, salvo en una línea minoritaria doctrinal.¹⁷ En la práctica se manejan numerosas formas de

¹³ Esta es la razón que, históricamente, justificó la aparición de cláusulas de limitación de responsabilidad en el contrato de transporte, lo que explica las actuaciones y limitaciones legales de responsabilidad del transportista establecidas en cada sector específico.

¹⁴ Álvarez Lata, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, Comares, 1998, pp. 15-25.

¹⁵ Cfr. García Amigo, M., *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, Tecnos, 1965, pp. 86-88.

¹⁶ La doctrina y jurisprudencia francesas usan expresiones como clauses de non-garantie, clauses de non-responsabilité, clauses limitatives de responsabilité, clauses de responsabilité atténuée, conventions d'irresponsabilité, clauses de responsabilité abrogée. En los países anglosajones, las designaciones más frecuentes son las exemption clauses, clauses excluding liability, exculpatory clauses, exclusion clauses, clauses exempting from liability. En Italia, encontramos los siguientes términos: clausole di esonero della irresponsabilità, clausole di irresponsabilità, clausole di limitazione della responsabilità, patti che escludono o limitano preventivamente la responsabilità. En Alemania, la terminología es amplísima, predominando las locuciones de Haftungseinschränkung, Haftungswegbedingung, Haftungsverzicht, Haftungsausschluss, Haftungsfreizeichnung, Haftungsfreistellen, Enthaltungsvertrag, Haftungsberchränkung, Haftungsbergrezung, Freistellungsklausel. Véase Oesch, T., *Die Freizeichnung im schweizerischen vertraglichen Schadenersatzrecht und ihre Schranken*, Basel, Diss. Recht Basel, 1978, pp. 2 y 3. En derecho portugués, la designación de dichas cláusulas corresponde: cláusulas de nao responsabilidade, cláusulas de exclusao da responsabilidade, cláusulas exoneratórias, cláusulas de irresponsabilidade, cláusulas de nao indemnizar, cláusulas liberatorias, cláusulas de renuncia à indemnização, etcétera. Prata, A., *Cláusulas de exclusao e limitação da responsabilidade contratual*, Coimbra, Livraria Almedina, 1985, pp. 17-19; García Amigo, M., *Las cláusulas limitativas de la responsabilidad...*, cit., p. 86.

¹⁷ Véase los autores citados por García Amigo, M., *Las cláusulas limitativas de...*, cit., p. 88.

establecimiento de cláusulas de limitación de la responsabilidad. Recoger una realidad tan amplia y diversa en una definición es tarea ardua.

Lo que parece evidente es el ingenio de las partes a la hora de introducir cláusulas de este tipo. Ello origina una gran variedad de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad contractual que, en ocasiones, resultan desmedidas¹⁸ y pueden ser confundidas por determinadas categorías jurídicas. Existe un intento de ordenar este tipo de cláusulas por parte de un sector de la doctrina,¹⁹ pero la tarea de sistematización parece inalcanzable ante la riqueza de denominaciones. Así, identificarlas dependerá de la habilidad del intérprete, quien se enfrentará a la imaginación de las partes que las hayan creado.

Existe un interés generalizado en los textos internacionales que pretenden la unificación del derecho de contratos para establecer un régimen único relativo a las cláusulas limitativas de la responsabilidad, con la idea de dar luz a la hora de determinar la validez de las mismas.²⁰ La redacción del artículo 7.1.6 de los Principios Unidroit 2010 (en adelante PU) viene a establecer que una parte no podrá invocar “una cláusula que limite o excluya la responsabilidad de una parte por incumplimiento, o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra parte podría razonablemente esperar, si fuera manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”. La fórmula acuñada en dicho precepto, de influencia anglosajona, es suficientemente amplia como para englobar a todas las modalidades de pactos sobre la restricción de la responsabilidad contractual,²¹ incluso comprende la distinción entre limitación directa o indirecta de responsabilidad por incumplimiento. Por su parte, el artículo 8:109 de los PECL se formula en términos muy generales para amparar a todas las cláusulas que, en la práctica, impidan que el perjudicado obtenga el remedio normal, no distinguiendo entre las que

¹⁸ Para consultar las formas diversas de estas cláusulas véase Fontaine M. y De Ly, F., *Drafting International Contracts. An Analysis of Contract Clauses*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 351-399, esp. 357-381. En Bélgica, Van Ommeslague, P., “Droit belge”, en Ghestin, J. (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, París, LGDJ, 1991, pp. 231-262, esp. 233 y 234.

¹⁹ García Amigo, M., *Las cláusulas limitativas de...*, cit., pp. 126-128; Carrascosa González, J., *La redacción de los contratos internacionales*, Madrid, Colex, 2011, pp. 106-108.

²⁰ Véase Varios autores, *Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, p. 211.

²¹ Fontaine, F., *Les clauses exonératoires...*, cit., p. 406.

limitan o excluyan la responsabilidad. En el mismo sentido se desarrolla el párrafo segundo del artículo III.- 3:105 del Draft Common Frame of Reference (en adelante DCFR), sin llegar a diferenciar o imponer un régimen jurídico particular a ambos pactos.²²

En este estudio, en definitiva, acogemos un criterio amplio sobre la definición de las cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad contractual que permita establecer una norma aplicable a todas ellas.²³ Los términos “limitar” y “exonerar” deben entenderse en el sentido más amplio posible, ya que ambos se dirigen fundamentalmente a pasar al acreedor los riesgos que según la ley deberían pesar sobre el deudor, ya que éste es quien tiene bajo su poder inmediato el servicio o la cosa debida que debe vigilar o procurar que no sobrevenga ningún perjuicio en la medida de lo posible. Más allá de cuestiones meramente terminológicas y sustanciales, tanto las cláusulas de exoneración como las de limitación quedan sujetas a los mismos principios en cuanto a su admisibilidad. El régimen de control de estos pactos debe ser simultáneo, con independencia del nombre que se les otorgue, lo que permitirá que, en beneficio del equilibrio del contrato, una parte no logre una exoneración de responsabilidad por medio de una cláusula limitativa irrisoria.

Con la idea de orientarnos a la hora de introducir en un contrato internacional un pacto de limitación o exoneración de la responsabilidad, debemos verificar su articulación en los distintos sistemas jurídicos comparados, así como en los diversos textos internacionales, como en el Convenio de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías, en los PU, los PECL, el DCFR²⁴ y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea o Common European Sales Law (en adelante CESL).²⁵ Lo cierto es que en este último texto europeo no se entra a reglamentar estas cláusulas tan particulares, salvo lo dispuesto en relación con las cláusulas

²² Véase el comentario de este precepto en Varios autores, *Principles, Definitions...*, cit., pp. 818 y 819.

²³ Tal como lo establece la doctrina española; Álvarez, N., *Cláusulas restrictivas...*, cit., pp. 26 y ss; García, M., *Cláusulas limitativas...*, cit., pp. 126 y ss.

²⁴ Dedicado específicamente a la política del derecho del *Draft*, Somma, A. (ed.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009.

²⁵ COM, 2011, 635 final.

abusivas en materia de consumidores o en los contratos entre comerciantes.²⁶

II. EL DERECHO EUROPEO, EL AMERICANO Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARMONIZACIÓN ANTE LAS CLÁUSULAS DE LIMITACIÓN

1. *El régimen fragmentario versus régimen ad hoc*

En la mayoría de sistemas jurídicos existe un reconocimiento a favor de las partes para organizar libremente su responsabilidad, así como velar por la garantía extendida o restringida,²⁷ aunque apreciaremos diferencias entre los distintos ordenamientos en cuanto a la regulación y los límites de las mismas.

En determinados países europeos, el régimen contractual vigente de las cláusulas restrictivas de responsabilidad se caracteriza por carecer de una normativa determinada que las regule de manera integral,²⁸ aunque basan su solución en la autointegración del sistema. En otros, y a diferencia de los primeros, encontramos una regulación *ad hoc*, donde las fórmulas legislativas pueden resultar de interés para una futura unificación del derecho contractual internacional. La localización de la respuesta está dispersa en el derecho de ciertos ordenamientos jurídicos (*ad. ex.*, el español, el francés, el belga, portugués, el luxemburgués, el austriaco...), sin menosprecio de la rica producción jurisprudencial existente en la materia, lo que causa ciertas incertidumbres a la hora de la pretendida armonización,

²⁶ Con el objetivo velado de conseguir la unificación respecto de un grupo importante de directivas de consumo, en la parte tercera y, particularmente en el capítulo ocho, el CESL dedica toda una sección a las cláusulas abusivas en los contratos entre comerciantes y consumidores. Una revisión de los términos de aplicabilidad del CESL a los contratos de consumo, aparece en Esteban de la Rosa, F. y Olariu, O., “La aplicación de la normativa común europea de compraventa (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de derecho internacional privado europeo”, *InDret*, 2003, núm. 1, pp. 1-32, www.indret.com.

²⁷ Schmidt-Salzer, J., “Droit allemand”, en Ghestin, J. (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990*, París, LGDJ, 1990, pp. 45-75, esp. 50.

²⁸ Gual Acosta, J. M., “Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma”, *Civilizar*, 2008, vol. 8, núm. 15, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-89532008000200003&script=sci_arttext#16a.

al quedar desposeídos de una normativa particular, precisa y transparente que otorgue validez a dichas cláusulas.²⁹ Con un régimen fragmentado no resulta fácil interpretar e integrar los intereses del acreedor frente a los del potencial deudor, que pretende beneficiarse de un sistema de responsabilidad aligerado. Las nuevas tendencias contenidas en los textos internacionales de unificación, que marcan la interpretación del moderno derecho de contratos,³⁰ permiten contrarrestar los intereses contrapuestos del deudor y el acreedor, al prever una solución definida y vinculada a la regulación de las cláusulas de exoneración. Las respuestas especializadas insertadas en dichos textos unificadores pueden disminuir los riesgos en la contratación internacional y beneficiar a la seguridad jurídica. Lamentablemente, en este tema estamos lejos de la armonización conseguida gracias a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.³¹

En derecho español, exponente del modelo de respuesta disgregada, la aceptación de las cláusulas de exoneración tiene que ser reconducida al principio de autonomía de la voluntad, prohibiendo todo tipo de cláusulas y de estipulaciones que sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público (artículos 1255, 1104-2 y 1105 del CC). Al margen de las normas propias del derecho de obligaciones, se reconoce a las partes que dispongan del contenido de sus obligaciones de la forma más conveniente a sus intereses.³² En determinados contratos especiales o en determinadas circunstancias, existe una regulación expresa para este tipo de convencio-

²⁹ Como viene confirmando Ghestin, J. *et al.*, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*, 2a. ed., París, LGDJ, 2001, pp. 345 y ss.

³⁰ Mazcaud, D., “Les clauses limitatives de réparation”, *Les obligations en droit français et en droit belge convergences et divergences*. Actes des journées d’études organisées les 11 et 12 décembre 1992 par la Faculté de droit de Paris Saint-Maur et la Faculté de droit de l’Université Libre de Bruxelles, París, Dalloz 1994, pp. 155 y ss.

³¹ *DOCE*, núm. L 095, de 21 de abril de 1993.

³² Jordano Fraga, F., “Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual”, *RDM*, 1984, pp. 603 y ss.; Álvarez Lata, N., *Cláusulas restrictivas...*, *cit.*, pp. 78 y ss., que dispone que “aunque en el CC español no exista una norma sobre la validez de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, no quiere decir que sean inadmitidas”. El apoyo a esta tesis radica en los artículos 6.2 y 1255, 1102, 1103, 1104 y 1107 del CC.

nes.³³ Sin embargo, como ya ha expuesto la doctrina,³⁴ la disciplina legal de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual en la normativa española es fragmentaria e incompleta. El ordenamiento jurídico francés, al igual que el español, carece de un precepto de ámbito específico que venga a consagrar un principio de validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad. La ausencia de esta previsión origina un debate doctrinal sobre la validez de tales cláusulas vinculada a la libertad contractual del artículo 1134 del CC francés, argumento principal y básico de su defensa jurídica.³⁵ Lo cierto es que en el sistema galo concurren preceptos puntuales que proscriben las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en determinados contratos o en circunstancias especiales.³⁶ Esta fragmentación y distorsión en el régimen de los pactos de exoneración provoca que se recurra constantemente a la jurisprudencia para saber hasta qué punto se pueden incluir cláusulas limitativas en los contratos internacionales. Estas deficiencias detectadas en el ordenamiento francés se intentan paliar en los sucesivos proyectos de reforma del CC. En dichos textos aparece un tratamiento específico de la cuestión, particularmente

³³ En cuanto al ámbito del derecho de consumo, Serra Rodríguez, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2a. ed., Pamplona, Aranzadi, 2002; Castro y Bravo, F. de, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, t. XIV, fascículo II, abril-junio, MCMLXI, pp. 295 y ss., esp. 335-337; *id.*, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *ADC*, t. XXXV, fascículo IV, octubre-diciembre, MCMLXXXII, pp. 1057 y ss., esp. 1059-1061; González Porras, J. M., “Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transporte y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)”, *RDM*, 1978, pp. 477 y ss.; Roca Sastre, R. M. y Puig Brutau, J., *Estudios de derecho privado. I: Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, pp. 174-188; Verda y Beamonte, J. R. de, “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español”, *Revista Chilena de Derecho privado*, núm. 4, 2005, pp. 33-80.

³⁴ Véase García Amigo, M., *Cláusulas limitativas...*, *cit.*; Álvarez Lata, N., *Cláusulas restrictivas...*, *cit.*; Verda y Beamonte, J. R. de, “Las cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad en el derecho español”, *Revista Aranzado de Derecho Patrimonial*, 2005, núm. 15, pp. 25-52; Carrasco Perera, A., “Comentario al artículo 1102 del Código Civil”, en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1989, t. XV, vol. 1, artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil, pp. 464-475.

³⁵ Marty, G. *et al.*, *Droit civil. Les obligations*, 2a. ed., París, Sirey, 1988, t. I, p. 774; Mazeaud, H. L. *et al.*, *Traité théorique...*, *cit.*, p. 3; Le Tourneau, Ph. y Cadiet, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz Action, 2002/2003, núm. 1056 y ss.

³⁶ Starck, B., “Observations sur le régime juridique des clauses de non responsabilité ou limitatives de responsabilité”, *Dalloz Sirey*, 1974, *Chronique XX*, pp. 157 y ss.

en el artículo 76 del Anteproyecto de 23 de octubre de 2013, que es una respuesta articulada para dar traslado a la solución jurisprudencial en relación con las cláusulas que privan de la sustancia de la obligación esencial para considerarlas como no escritas. Pese a estas discrepancias, se mantiene la validez de dichas cláusulas, salvo disposición en contra.³⁷ Tampoco las cláusulas de renuncia o exclusión de la responsabilidad (*Haftungsfreizeichnung*) del CC austriaco (ABGB) son reguladas de forma detallada, aunque, en principio, se consideran válidas en virtud del precepto general del § 879.1 del ABGB. Esta misma situación se plantea en el artículo 1.134 del CC de Luxemburgo y en el artículo 1.126 del CC belga. En Portugal, conforme a la opinión doctrinal dominante, sólo se puede excluir o exonerar la responsabilidad con las limitaciones marcadas por los artículos 809 y 800 del CC portugués, que prohíbe la renuncia anticipada por el acreedor a los derechos derivados del incumplimiento del contrato, entre los cuales se halla el resarcimiento de los daños contractuales.³⁸ Sin embargo, otra posición defiende la validez de las cláusulas de exoneración, salvo en los casos de incumplimiento intencional o gravemente negligente.³⁹

En Estonia, es inexistente un régimen particular para las cláusulas de exoneración, aunque se admiten su validez, salvo las limitaciones impuestas en el artículo 106.2 de la Law of Obligations Act.⁴⁰ Dicho precepto restringe la eficacia de los acuerdos de no responsabilidad al incumplimiento intencional o los que permiten realizar una obligación sustancialmente diferente a la podría esperarse razonablemente por el acreedor o que excluyan o restrinjan en forma injustificada la responsabilidad, redacción similar al artículo 7.1.6 de los PU 2010. La aceptación de las cláusulas

³⁷ Viney, G., *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: effects*, París, LGDJ, 1988, p. 251; Robino, P., “Les conventions d’irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine”, *R.T.D.C.*, 1951, pp. 1 y ss., donde se contempla la primera jurisprudencia francesa acerca de la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad.

³⁸ Antunes Varella, J. M., *Das obrigações em geral*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 138 y ss.

³⁹ Véase Pinto Monteiro, P., “Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1985, vol. XXVIII (suplemento), pp. 159 y ss.; sobre el incumplimiento por dolo o por culpa, Prata, A., *Cláusulas de exclusão...*, cit., pp. 281-317.

⁴⁰ Según el artículo 6.2 de la Law of Obligations Act, el término del contrato no se aplicará si es contrario al principio de buena fe. Por su parte, el artículo 42 y siguientes de la Law of Obligations Act limitan aún más la validez de las cláusulas de exclusión incluidas en un contrato de adhesión.

limitativas de responsabilidad en Polonia se desprende del artículo 473.2 del CC de este país,⁴¹ salvo que se invoquen cuando existen daños ocasionados de manera intencional. Parecida solución expone el derecho ruso que, de acuerdo con el artículo 421 del CC de la Federación de Rusia,⁴² las partes tienen libertad para contratar, a menos que sea restringida por la ley o por una norma imperativa. Como excepción, existen leyes especiales federales encargadas de intervenir a la hora de regular o prohibir las cláusulas que limiten o exclusiva responsabilidad. Así sucede, por ejemplo, en el contrato de adhesión regulado en el artículo 428 del CC de Rusia.⁴³

Respecto de ordenamientos iberoamericanos cercanos a los sistemas fragmentarios, encontramos diversos artículos de los códigos civiles de cada país: el artículo 1616 en conjunción con el artículo 1604 de Colombia;⁴⁴ el artículo 312 de Cuba; el artículo 1547 de Honduras; el artículo 1106 de Panamá; el artículo 1839 de México; el artículo 2437 de Nicaragua; el artículo 1106 de Panamá o el artículo 1207 de Puerto Rico.⁴⁵ En ausencia de régimen general, en los CC de Costa Rica (artículo 1.092) y de Venezuela (artículo 1505), las cláusulas de exoneración quedan amparadas para el ámbito de la compraventa.

Los sistemas jurídicos que están sujetos directamente a la influencia del derecho francés (Guadalupe, Martinica, San Martín, San Bartolomé,

⁴¹ <http://www.kodeks-cywilny.pl> (consultado en enero de 2013).

⁴² <http://www.rg.ru/>; <http://cdpf.unistra.fr/travaux/obligations-biens/les-clauses-contractuelles/russie/> (consultado en febrero de 2013).

⁴³ Citamos transcribiendo de la traducción al inglés del Código Civil ruso, realizado por el *Private Law Research Center*, Moscú. El artículo 428 del CC ruso, después de definir el contrato de adhesión en el apartado primero, sitúa el límite a la validez de sus cláusulas en su apartado segundo.

⁴⁴ Vargas, C., *Aspectos controvertidos de la responsabilidad contractual*, Bogotá, Vniversitas 101, 2001, pp. 484-486. La última iniciativa legislativa 90/2006 del Senado colombiano (en adelante Proyecto 90) pretendió establecer un régimen particular, claro y preciso, para las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, mediante la inclusión de un nuevo artículo en el CC (el artículo 1.604 *bis*), aunque dicha iniciativa fue archivada. Véase Gual Acosta, J. M., “Cláusulas restrictivas...”, *cit*.

⁴⁵ El derecho puertorriqueño es el producto de una mezcla o entrecruzamiento entre el derecho español, civil/privado principalmente, con el derecho estadounidense, público sobre todo. Se dice que Puerto Rico es una jurisdicción mixta o híbrida donde se entremezclan el *civil law* y el *common law*. Silva-Ruiz, P. F., “The Puerto Rican Legal Order: A Mixed System”, *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalén, Hebrew University of Jerusalem at Mount Scopus, 1994, pp. 32 y ss.

Guayana francesa o Haití) carecen de un precepto de ámbito específico que venga a consagrar un principio de validez de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad. La no previsión origina un debate doctrinal sobre la validez de tales cláusulas vinculadas a la libertad contractual, argumento principal y básico de su defensa jurídica. Por su parte, en los territorios tributarios del derecho holandés (Bonaire, Sint Eustatius, Saba, Curaçao, Aruba, Sint Maarten, Surinam) tampoco cuentan con una reglamentación expresa. La validez de estos pactos limitativos se deriva de los artículos 6:248 BW holandés y 248 del CC de Surinam.

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos comentados, existen otros sistemas que contienen una normativa *ad hoc* aplicable a toda cláusula restrictiva de responsabilidad, como el italiano (artículos 1229 del CC); el suizo (artículo 100.1 del CO); el griego (artículo 332.1 del CC); o el alemán (§ 276.3 del BGB). El artículo 1.229 del CC italiano positiviza una regla ya consagrada desde el Código de 1865, por la que se denegaba la eficacia a las cláusulas de exoneración en caso de dolo y culpa grave. El artículo 100.1 del Código de Obligaciones suizo considera nula toda estipulación que libere por anticipado al deudor de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave. El artículo 332.1 del CC griego establece que cualquier acuerdo previo que excluya o limite la responsabilidad será ineficaz en caso de fraude o negligencia grave. En derecho alemán, por su parte, el régimen particular de las cláusulas restrictivas de responsabilidad queda amparado en el § 276.3 del BGB,⁴⁶ que prescribe que el deudor no puede ser liberado anticipadamente de la responsabilidad por dolo. Del precepto se colige que las partes podrán ampararse en estas convenciones, salvo disposición en contra existente en algunos contratos.⁴⁷ Asimismo, en

⁴⁶ El BGB fue modificado en su libro II y entró en vigor el 1.º de enero de 2002; reforma el derecho de obligaciones incorporando el Abschnitt 2, donde se recoge tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como las directivas comunitarias de consumidores. Véase la publicación al castellano de Vives Montero, Ma. L., “Traducción de la reforma 2002 del BGB”, *ADC*, t. LV, fasc. III, julio-septiembre de 2002, pp. 1229-1310, revisada por K. J. Albiez Dohrmann. Véase Albiez Dohrmann, K. J., “Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *ADC*, Madrid, t. LV, fasc. III, 2002, pp. 1193-1195.

⁴⁷ Podemos citar como ejemplo el contrato de compraventa (§ 444 BGB), el contrato de viaje (§ 651 BGB) o la limitación de responsabilidad en el derecho de sucesión (§ 2063 BGB). En igual sentido, el BGB prohíbe la inclusión de determinadas cláusulas en los contratos de adhesión (§ 308 y 309 BGB).

conjunción con el § 278 del BGB, relativo a la responsabilidad por el hecho del otro, la doctrina confirma la viabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad en el ámbito contractual, ya sea por el hecho propio o por el de los auxiliares en el cumplimiento, siempre que no trasciendan del terreno de la negligencia o *fahrlässig*.⁴⁸ Es cierto que con la reforma del BGB de 2002 se ha determinado un régimen *ad hoc* para este tipo de pactos en el marco de las condiciones generales de contratación y de consumidores.⁴⁹

Particularmente, los sistemas iberoamericanos son pocos los que han previsto regulación específica, tal y como ocurre en el CC peruano (artículo 1.328 del CC) o en el de Bolivia (artículo 350 del CC). En Colombia, por su parte, surgen proyectos de reforma de su CC en este sentido (como el Proyecto Valencia de 1980 o el Proyecto de Ley 90/2006 Senado, este último fue publicado en la *Gaceta del Congreso* 300 del 22 de agosto de 2006).

2. *Países common law*

La cuestión de la validez de los pactos convencionales de la responsabilidad contractual en el modelo de *common law* se funda en un férreo convencimiento de que la libertad contractual es pilar básico de *Law of Contract*.⁵⁰ El principio de la autonomía privada se erige en el derecho anglosajón como regulador indiscutible de las relaciones interprivadas, siendo los límites a dicho principio auténticas excepciones.⁵¹ La doctrina de la *privacy of contract* es el verdadero y suficiente fundamento a las cláusulas

⁴⁸ Sobre la dualidad de la noción de negligencia en derecho alemán véase Schmidt-Salzer, J., “Les clauses limitatives ou exonératoires en droit allemand”, *Les clauses...*, cit., pp. 46 y 47; Álvarez Lata, N., *Cláusulas...*, cit., p. 77 y la bibliografía citada en nota 42.

⁴⁹ Particularmente, en los parágrafos 308 y 309 del BGB se distinguen entre las cláusulas que limitan la responsabilidad (*Haftungsbeschränkungsklauseln*) y las de no responsabilidad (*Haftungsausschlussklauseln*), además de establecer la prohibición de ciertas cláusulas, como las que hace referencia a daños a la salud o el cuerpo de la persona o por incumplimiento derivado de culpa grave o dolo (§ 309 núm. 7, 8 y 12). Véase Canaris, C. W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. al italiano con la dirección de G. Decristofaro, Padua, Cedam, 2003, pp. 157-162; Decristofaro, G., “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Riv. Dir. Civ.*, núm. 4, parte I, 2004, pp. 667-693.

⁵⁰ Beale, H., “Droit anglais”, en Viney, G. (ed.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, París, LGDJ, 1990, pp. 155-178, esp. 155.

⁵¹ Cfr. Treitel, G. H., *The Law of Contract*, 9a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, pp. 2 y ss.; Yates, D., *Exclusion clauses...*, cit., pp. 5 y ss.

restrictivas de la responsabilidad. No obstante, el estricto respeto por la autonomía privada no ha sido óbice para que existan límites particulares a la viabilidad de las cláusulas que modifican la responsabilidad del deudor.

En el Reino Unido, la Unfair Contract Terms Act (UCTA) de 1977, en vigor también para Escocia, es aplicable para determinar las cláusulas abusivas nacidas de una actividad profesional, aunque también esta normativa es aplicada a los contratos entre comerciantes y consumidores.⁵² En atención al ámbito objetivo, la normativa comprende a las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad civil (*exemption* y *exclusion clauses*) del empresario (*business liability*) en determinados contratos no negociados individualmente (sección 3), ya que es una ley dirigida a proteger al contratante débil. Existe la posibilidad de considerar válidas a las cláusulas de limitación siempre que sean “razonables” (secciones 2.2 o 6.3).⁵³ Asimismo, la normativa inglesa alcanza a disponer a que se inváliden ciertos tipos de cláusulas que limiten la responsabilidad en caso de muerte o daños personales provocados por negligencia en el transcurso de un negocio (sección 2.1). Quizás lo más interesante es la existencia de una lista de determinadas cláusulas que se consideran ineficaces *per se* y otro listado que permite una valoración judicial de la razonabilidad de la cláusula en particular. Nos llama la atención la presencia de cláusulas que son totalmente ineficaces en el ámbito de los consumidores y que, sin embargo, pueden quedar sujetas a una valoración de su razonabilidad en las relaciones entre empresarios (*ad. ex.* cláusulas de exclusión o limitación de

⁵² <http://www.legislation.gov.uk>. La UCTA fue la respuesta nacional al problema del abuso de las cláusulas de exención por los que, en un contrato, se colocan en una posición superior. Por otra parte, en el ámbito de los contratos de consumidores, cuando se adoptó la directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos de consumo en 1993, el Reino Unido trasladó a estas directrices a la actual *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999* (UTCCR). Es cierto que existe un alto grado de solapamiento entre UCTA y UTCCR y que aún no ha sido resuelto, aunque ha existido alguna propuesta para racionalizar o asimilar las dos capas de control legal en este ámbito. La *Law Commission* y la *Scottish Law Commission* presentaron en 2005 un anteproyecto de ley de regulación de las cláusulas abusivas con el objeto de unificar en un solo texto legal las dos regulaciones de los *unfair terms*. En julio de 2012, se publicó un documento sobre cuestiones y opiniones sobre la reforma de la legislación de cláusulas abusivas en los contratos de consumo, que se puede consultar en <http://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform-projects/joint-projects/unfair-terms-in-consumer-contracts/> (consultada en mayo de 2014).

⁵³ Véase Guest, A. G., “*Exemption Clauses*”, en Beale, H. (dir.), *Chitty on Contracts. Volume I, General Principles*, Londres, Sweet & Maxwell-Thomson-Reuters, 2008, pp. 909-992.

la responsabilidad por el incumplimiento de las cualidades comerciales —*sales of goods and hire-purchases*—).⁵⁴ La UCTA no deja de ser un sistema de control singular, con el inconveniente de no abarcar a todos los contratos ni a todas la cláusulas, ya que es de propósitos limitados.⁵⁵

La UCTA está en vigor también para los territorios caribeños que tributan o están sujetos directamente tanto a la influencia del derecho inglés (Anguila, Bermudas, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Montserrat, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad-Tobago, Guyana, Belice). Por su parte, Antigua y Barbuda, Montserrat y Bahamas, según el artículo 55 de Sale of Goods Act, se especifica la posibilidad de modificación de los derechos, obligaciones y responsabilidad que derivan legalmente del contrato mediante pacto expreso o tácito, sin aludir a límite alguno para otorgar validez de estos pactos.

En cuanto a la consideración de las cláusulas de exoneración en el derecho estadounidense y los territorios caribeños que están sujetos directamente al sistema norteamericano (Islas Vírgenes), y ante la falta de fuente legislativa específica que las contemplen, se recurre a los denominados Restatements of the Law (t. II, referido a contratos)⁵⁶ y al UCC,⁵⁷ ambos textos publicados por el American Law Institute.⁵⁸ Establecer un régimen para las cláusulas de exoneración es una labor casi exclusivamente juris-

⁵⁴ Véase Albiez Dohrmann, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Cizur Menor, Thomson Cívitas, 2009, pp. 25-31, esp. 27.

⁵⁵ Lawson, R., *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8a. ed., Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 2005, pp. 123 y ss.; Peel, E., *The Law of Contract*, 11a. ed., Londres, Thomson Sweet & Maxwell, 2007, pp. 266 y ss.; Sánchez Andrés, A., “El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo”, *RDM*, 1980, pp. 385 y ss., esp. 419; Marina García-Tuñón, A., “El modelo inglés de control de las cláusulas injustas. La Unfair Contract Terms Act de 1977”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 25, 1987, pp. 35-66, esp. 59-63.

⁵⁶ Disponible en [http://www.docstoc.com/docs/92248493/The-Restatement-\(Second\)-of-Contracts-\(1981\)](http://www.docstoc.com/docs/92248493/The-Restatement-(Second)-of-Contracts-(1981)) (consultado en febrero de 2013).

⁵⁷ Disponible en <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html> (consultada en febrero de 2013). Para una traducción al español, véase Garrido, J., *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos, texto oficial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

⁵⁸ Pese a no tratarse de una fuente vinculante, lo publicado por esta institución constituye una sólida fuente complementaria del derecho, dado que los textos han sido redactados a lo largo de los años por catedráticos, profesionales del derecho y jueces con el

prudencial, siendo los jueces de este país los que han articulado soluciones a la validez de las mismas. Refiriéndonos al tomo II del Restatement, se acepta la limitación de responsabilidad por convenio entre las partes, siempre y cuando ésta no sea por daño causado intencionalmente o por grave descuido, ya que de ser así no podrá ser aceptado dicho acuerdo contractual.

Por otra parte, el UCC intenta evitar a las cláusulas que pueden llegar a ser abusivas (artículo 2-302 del UCC).⁵⁹ Si bien la normativa está dirigida a las relaciones comerciales (entre empresarios), puede servir asimismo a las relaciones entre particulares. Estos pactos de exoneración se contemplan de forma muy distinta cuando se trata de consumidores ya que, según el apartado 3 del artículo 2-302 del UCC, la limitación a la responsabilidad en caso de bienes de consumo es inconcebible. No ocurre igual cuando la exoneración afecta a la indemnización por daños, siempre que la pérdida sea meramente comercial. Por otra parte, el artículo 2-316 del UCC matiza que, si las partes quieren acogerse a una cláusula de exoneración, tienen que hacerlo visible y manifestarlo de forma clara en el contrato. El artículo 2-719 del UCC ofrece también soluciones en caso de exención de responsabilidad, al otorgar la posibilidad de pactar la solución en el contrato o acogerse a soluciones comunes ya establecidas. En general, del UCC se desprende la aceptación de las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad.

3. *Textos internacionales*

Los PU 2010 no han olvidado la cuestión de la limitación de responsabilidad mediante pactos entre partes, que serán válidos si no resulta manifiestamente desleal invocarlos (artículo 7.1.6).⁶⁰ Es cierto que el artículo 3.10 de los PU 2010 permite la anulación de una cláusula que otorga una ventaja excesiva para una de las partes, pero las cláusulas de exoneración, si están bien diseñadas, serán consideradas válidas por el juez que tenga

objetivo de acercar la doctrina a problemas jurídicos reales y ofrecer posibles soluciones para su aplicación actual.

⁵⁹ <http://www.ecfr.gov/cgi-bin/ECFR?page=browse> (consultado en diciembre de 2012).

⁶⁰ Término utilizado en la versión actual de los PU, frente a la de 1994, donde se utilizaba “manifiestamente equitativo”, sobre ello véase *Comentarios a los PU como derecho universal de la contratación internacional*, Roma, Unidroit, 1994, pp. 14, 17 y 18.

que conocer de dicho asunto. Conforme al criterio acogido por la generalidad de los ordenamientos jurídicos, este artículo parte de la condición, de que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (artículo 1.1), las cláusulas de exoneración son en principio válidas, al igual que las que sustituyan la prestación a realizar (*aliud pro alio*), siempre que respeten los términos exigidos en el artículo 7.1.6 de los PU. Y es que dichas cláusulas pueden ser privadas de sus efectos si se entienden que alegarlas es “manifiestamente desleal”, teniendo en cuenta la finalidad del contrato. Esta disposición opta por otorgarle al juez una amplia discreción basada en el principio de justicia contractual. Si la parte que incumple no está autorizada para ampararse por la cláusula, la parte perjudicada puede exigir la reparación integral del daño sufrido por la falta de cumplimiento. En contraposición con la facultad moderadora del tribunal otorgada por el artículo 7.4.13 de los PU, el juez no puede modificar los términos de una cláusula de exoneración.

El artículo 8:109 de los PELC se formuló en mínimos términos generales para comprender a todas las cláusulas que, en la práctica, impidan que el perjudicado obtenga el remedio normal en caso de incumplimiento. La redacción es perfeccionada en el DCFR, donde ubicamos la posibilidad de excluir o limitar la responsabilidad en el capítulo III, 3:105, donde se dispone lo siguiente:

(1) Una cláusula de un contrato o de cualquier acto jurídico de otro tipo que tenga por objeto excluir o limitar la responsabilidad de pagar los daños por lesiones corporales, incluyendo lesiones mortales, causados intencionalmente o por negligencia grave, serán nulos; (2) Una cláusula de exclusión o restricción de un remedio por incumplimiento de una obligación, incluso si es válida y eficaz de cualquier otra forma en consideración en especial a las normas sobre cláusulas contractuales abusivas o injustas del Libro II, capítulo 9, sección 4,⁶¹ puede, no obstante, no ser invocada si fuese contraria a la buena fe y lealtad contractual.⁶²

⁶¹ Particularmente, el artículo II.- 9:401 del DCFR se refiere a las cláusulas abusivas, otorgando un carácter imperativo a las disposiciones contenidas en este articulado. II.-9:401: Mandatory nature of following provision

⁶² Traducción propia.

Como podemos observar, el primer párrafo se refiere al remedio indemnizatorio, es decir, a la acción indemnizatoria que, quizás, es la más usual. Por su parte, el párrafo segundo se refiere a cualquier remedio, como la resolución, la acción de cumplimiento y la acción de reducción, centrándose en las reglas referidas a las cláusulas no negociadas individualmente. No obstante, este precepto del DCFR va más allá, pues el párrafo primero del articulado ocasiona que algunas cláusulas de exclusión o limitación sean totalmente inefectivas. Ahora bien, su finalidad es muy limitada, al referirse sólo a la conducta por dolo o negligencia grave. Por su parte, el segundo párrafo entra en funcionamiento incluso si la exclusión o limitación fuese válida, previendo una “suerte de protección residual”, lo que supone que la cláusula no podrá ser invocada si es contraria a la “buena fe” y “lealtad contractual”.⁶³

Pese al grado de uniformidad alcanzado por los textos que pretenden un derecho uniforme de los contratos respecto de la reglamentación de los pactos limitativos de responsabilidad, la cuestión de los límites pueden desentonar en la eficacia de dichos pactos. En definitiva, las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad son válidas, ya que se basan en la libertad contractual, aunque existan diferencias entre los ordenamientos en cuanto a su regulación y los límites impuestos a las mismas.⁶⁴

III. LÍMITES A LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN

En virtud del principio de autonomía de la voluntad, las cláusulas limitativas de la responsabilidad son, por regla general, válidas en los sistemas objeto de comparación. Sin embargo, existe una gran variedad de cláusulas limitativas de responsabilidad que, por transgredir los límites resultarán contrarias a derecho y carecerán de validez. Por ello, es necesario determinar los límites que son asumidos por los ordenamientos jurídicos presentes y el contenido significativamente variable,

⁶³ Respecto de estos límites y su significado hay que remitirse al trabajo de Quiñones Escámez A., “Buena fe y lealtad contractual”, en Sánchez, Lorenzo, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2009, pp. 93-196, esp. 341-404.

⁶⁴ Lando, O. y Beale, H., *Principios de derecho contractual europeo*, La Haya, Kluwer, partes I y II, 2000.

en función de las circunstancias históricas y culturales en un momento determinado.

Algunos sistemas normativos, sobre todo el alemán y el holandés, se refieren a una prueba de la buena fe o un criterio equivalente como límites aplicables a estos pactos, frente al derecho anglosajón que utiliza el criterio de razonabilidad⁶⁵ y el respeto de la obligación esencial del contrato en cuanto motivos para determinar la ineficacia de la cláusula de exoneración. Asimismo, la consecuencia de la validez de las cláusulas examinadas será diferente si es denunciada por dolo o por negligencia grave del deudor, como ocurre en ordenamientos jurídicos de tradición jurídica romanista.⁶⁶ La diversidad de límites permite efectuar una división de cada uno de ellos en los sistemas jurídicos estudiados con la finalidad de tenerlos presentes en una futura armonización a nivel internacional de los pactos limitativos de la responsabilidad.

1. *La buena fe*

El derecho europeo continental arbitra soluciones limitativas a la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad basadas en la técnica de la buena fe.⁶⁷ El profesor O. Lando decía que dicho principio debería ser aplicado por los tribunales, reforzando los estándares de la decencia, la lealtad y la razonabilidad, aun cuando no estuviera recogido en un texto europeo.⁶⁸

⁶⁵ La diferencia esencial entre la forma de pensar del *common law* y los sistemas romano-germánicos estriba, en todo caso, en la utilización de criterios objetivos de racionalidad eminentemente flexibles basados en nociones de equidad, justicia material o equilibrio sinalagmático, como la buena fe, capaces de forzar lo verdaderamente expresado por las partes o proporcionar una integración de las lagunas del contrato ajena en realidad a lo que las partes han pretendido o podrían haber pretendido.

⁶⁶ Dubuisson, B., “Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ou de garantie en droit belge”, *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruselas, La Charte, núm. 7, 2001, pp. 33-99, esp. 59. En cuanto al derecho suizo y francés, véase Fontaine, M. y De Ly, F., *Droit des contrats...*, cit., núm. 2, p. 147, dejan patente que la cláusula de no responsabilidad en caso de culpa grave no será válida.

⁶⁷ En general, sobre dicho criterio, Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad...”, *Derecho contractual...*, cit.

⁶⁸ Esta cita aparece en Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad...”, *Derecho contractual...*, cit., p. 397, y la bibliografía señalada en la nota 182.

Los tribunales alemanes utilizan el criterio de la buena fe recogido en el § 242 BGB,⁶⁹ para detectar la validez de las cláusulas de limitación de la exoneración. Y es que el BGB ha instalado el principio de buena fe en la cúspide del derecho de obligaciones.⁷⁰ De hecho, este principio se sigue utilizando en las normas especiales sobre las cláusulas abusivas recogidas en el § 307-309 del BGB. Por tanto, podríamos afirmar que el § 242 del BGB interesa a los tribunales alemanes para determinar la admisibilidad de las cláusulas de exoneración.⁷¹

En Países Bajos, el § 6:2 del NBW considera a la buena fe como un principio esencial en materia de obligaciones contractuales,⁷² que apela a la razón y a la equidad, siendo aplicable rotundamente a cualquier pacto que exonere la responsabilidad. Este principio permite que el juez, si concurren las circunstancias excepcionales, pueda sustituir los efectos previstos en lo estipulado en una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad, si con ello se alcanza una solución real equitativa (parágrafos 6:2 y 6:248 del NBW).⁷³

Numerosos ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea se encuentran “a caballo” entre ambos extremos, ya que reconocen el principio de la buena fe como disposición general, pero no se ha introducido en el derecho de contratos a nivel de la legislación alemana. Por un lado, el criterio de buena fe aparece en los preceptos preliminares del CC suizo (artículo 2o.) o del CC de Quebec (artículo 6o.). En el § 879 del CC

⁶⁹ A partir de una sentencia significativa del BGH, de 24 de octubre de 1956 (BGHZ 22, 90), se empieza a considerar la buena fe como un límite más específico y a la vez más flexible que los límites de la ley, la moral o el orden público, sirviéndose para ello del § 242 del BGB. Sobre una evolución en Alemania de la buena fe como límite a este tipo de cláusulas véase Albiez Dohrmann, K. J., *La protección...*, cit., pp. 210-212 y la bibliografía allí citada.

⁷⁰ Medicus, D., *Tratado de las relaciones obligacionales*, edición española de A. Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1995, vol. I, pp. 74-78.

⁷¹ Por ejemplo, BGH del 29 de octubre 1956, BGHZ 22, 90, en Kötz, H. y Flessner, A., *European Contract Law*, I, Oxford, Claredons Press, 1997, pp. 141 y 142.

⁷² La legislación holandesa no define la buena fe, aunque el artículo 3:12 NBW dispone: “In determining what reasonableness and equity require, reference must be made to generally accepted principles of law, to current juridical views in the Netherlands and to the particular societal and private interests involved”, del que deducimos que la buena fe es un criterio de interpretación y hay que hacerlo conforme a su verdadero espíritu.

⁷³ Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad...”, *Derecho contractual...*, cit., p. 366.

austriaco, la buena fe del apartado primero⁷⁴ es consagrada para los contratos en general y, en el apartado segundo, la invoca para los contratos particulares. El artículo 473.2 del CC polaco implica la aceptación general de dichas cláusulas, aunque subyace una prueba de buena fe,⁷⁵ ya que la exclusión no puede ser injusta y tendrá que respetar la naturaleza y el propósito de la del contrato.

En determinados ordenamientos, la buena fe opera como límite propio de la autonomía privada, por lo que también alcanzaría, evidentemente, a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad. Así, en Italia, en el artículo 1.175 del CC aparece dicho principio bajo el título de las obligaciones en general. En este mismo sentido, el artículo 1134 del CC de Luxemburgo dispone que la buena fe debe regir como principio en materia contractual, como también lo hace el artículo 1603 del CC colombiano. Sin embargo, en Francia, el artículo 1134 del CC se refiere a la buena fe únicamente en la fase de ejecución del contrato, pero el papel del juez es más moderado que en el sistema alemán u holandés, al favorecerse la seguridad jurídica.⁷⁶ La buena fe dispuesta en el artículo 288 del CC griego o en el artículo 762 del CC portugués queda enmarcada en la sección del cumplimiento de las obligaciones en general. En cuanto al derecho español y a la luz del artículo 7.1 del CC y del artículo 1258 del CC, se constata a la buena fe como principio informador en el derecho contractual. En el artículo 7o. del título preliminar del CC español, la buena fe se une a la idea del abuso del derecho. Por su parte, el artículo 1258 del texto español nunca asumió la función que los tribunales alemanes atri-

⁷⁴ También puede ser traducido por el concepto de “moralidad”. Estas cláusulas deben tener “el sentido del derecho de la comunidad jurídica” (*der Rechtsgefühl Rechtsgemeinschaft*), es decir, acercarse a la opinión de todas las personas que piensan de manera justa y equitativa (*Gemeinschaft a morir billig und gerecht Denkenden*). Se trata de normas que no se expresan en la ley, aunque se incluyen en los principios del derecho y la moral (TS austriaco, EvBl 1980/117).

⁷⁵ Véase la sentencia del TS de 17 de febrero de 1972 (SN 17 febrero de 1972, II CR 72/71) citada en el comentario al artículo III.- 3:105 DCFR en Varios autores, *Principles, Definitions...*, cit., p. 823.

⁷⁶ Quiñones Escámez, A., “Buena fe y lealtad...”, *Derecho contractual...*, cit., p. 367, el proyecto de reforma del derecho de obligaciones francés de 2008, donde la obligación de buena fe es recogida en el artículo 18 de dicho proyecto, ésta quedará extendida a todo el *iter* contractual, mientras que en el actual 1134 del CC la ubica en la ejecución del contrato.

buyeron al § 242 del BGB,⁷⁷ por lo que debe ser reinterpretado o, mejor, desarrollado, al margen de su letra, con la finalidad de establece un límite a lo pactado.⁷⁸ No obstante, es probable que los tribunales de cada país interpreten la buena fe como límite a los pactos restrictivos de la responsabilidad conforme a su tradición jurídica.⁷⁹

En definitiva, en los sistemas romano-germánicos es habitual la inclusión de una cláusula general que extiende el efecto obligacional a exigencias que no vienen impuestas por la voluntad de las partes ni por el contrato, sino por razones objetivas de moralidad, equidad, buena fe o lealtad negocial [artículo 1603 del CC colombiano; artículo 1023 del CC costarricense; artículo 1546 del CC hondureño; artículo 1159 del CC guatemalteco; artículos 925 y 926 del CC haitiano; artículos 6:2 (6.1.1.2) y 6:248 (6.5.3.1.) del CC holandés y surinamés; artículo 1135 del CC dominicano; artículo 1796 del CC mexicano; artículo 2480 del CC nicaragüense; artículo 1109 del CC panameño; artículo 1210 del CC portorriqueño; artículo 1160 del CC venezolano; artículos 1134 y 1135 del Proyecto Catala de reforma del Código Civil francés y artículo 135 del Proyecto de Reforma del CC francés del Ministerio de Justicia de 2008.

La extensión señalada es visible asimismo en los Estados Unidos (secciones 1-203 del UCC y 205.2o. del Second Restatement). Sin embargo, este principio no se ha incorporado aún plenamente al ordenamiento británico como límite que afecte a la consideración de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. En Reino Unido, a raíz de la trasposición de la directiva de consumidores, la UTCCR alude específicamente a la *good faith* (artículo 4.1) en concordancia con el artículo 3o. de la directiva. De este modo, se ha incorporado el criterio de la buena fe en el derecho contractual inglés, aunque sea para los contratos de consumo no negociados. Precisamente, la ausencia del deber general de buena fe en el sistema inglés es una de sus singularidades, que quizás explique la enorme funcionalidad

⁷⁷ Albiez Dohrmann, K. J., *La protección jurídica...*, cit., pp. 214 y 215.

⁷⁸ Miguel González, J. M., “Comentarios del artículo 8o.”, en Menéndez Menéndez A. y Díez Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, pp. 428-482, esp. 464.

⁷⁹ Véase Jauffret-Spinosi, C., “Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes en juridiques romanistes”, en Grundmann S. y Mazeaud, D. (eds.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, La Haya, Kluwer, 2006, pp. 23-29, esp. 28.

del derecho inglés para la contratación internacional. Ello ha dado lugar a un casuismo judicial que requiere el estudio de grupos de casos, como viene a ser frecuente en la doctrina estadounidense.⁸⁰

El éxito de la noción de buena fe encuentra un eco real en la evolución contemporánea del derecho contractual internacional (artículos 1.7 y 1.8 PU; artículos 1:201 y 1:202 de los PECL; II-1:102.1 del DCFR; artículos 2o. y 3o. de la CESL). Particularmente, el artículo 8:109 de los PECL, con fuerte influencia del derecho europeo continental, dispone que los pactos de limitación o exclusión de la responsabilidad no deben ser contrarios a las exigencias de la buena fe. De esta manera, si una parte decide invocar la cláusula de forma deliberada para que el contrato se cumpla de una manera bastante diferente respecto de la armonía del resto de estipulaciones, ello sería contrario a la buena fe, pues hay que controlar las consecuencias a las que pueda conducir su utilización. Lo recogido en los PECL sirve de referente a la construcción del artículo III.-3:105 del DCFR, que adopta dos técnicas diferentes: en el párrafo primero se asegura la nulidad completa de la cláusula de exclusión o limitación, aunque, deliberadamente, su ámbito de aplicación queda muy definido. El párrafo segundo, por su parte, entrará en funcionamiento únicamente si la cláusula de exclusión o limitación es válida o efectiva, previendo una “suerte de protección residual”, lo que supone que dicho pacto no podrá ser invocado si es contrario a la buena fe y la lealtad contractual, teniendo en cuenta las circunstancias.

El concepto de buena fe no ha sido trasladado formalmente al artículo 7.1.6 de los PU 2010, aunque podemos colegir que dicho enunciado “si fuere manifestamente desleal hacerlo”, se está refiriendo, sin lugar a dudas, a que las cláusulas de exoneración deben ser invocadas de acuerdo con la buena fe. De hecho, algunos autores consideran que las normas establecidas en los PU 2010 vinculan la validez de las cláusulas de limitación a conceptos relacionados con la moral, buena fe y con la noción de derecho civil de abuso de derecho. Este sistema de vigilancia, a través de la buena fe, no provoca con carácter general la anulabilidad de las cláusulas.

⁸⁰ Por ejemplo, en relación con las condiciones generales de los contratos, el expediente judicial más utilizado y eficaz para proteger a los contratantes (empresarios y consumidores) frente a las cláusulas abusivas es la *unconscionability*. Este concepto guarda una relación muy estrecha con la buena fe (notable analogía) y desempeña en la práctica una función sustancialmente coincidente.

No obstante, si una parte decide invocar la cláusula de forma deliberada para que el contrato se cumpla de una manera bastante diferente respecto de la armonía del resto de estipulaciones, ello sería contrario a la buena fe, pues hay que controlar las consecuencias a las que pueda conducir su utilización.

Las referencias a la buena fe en el derecho comparado y en los textos preparatorios para un futuro derecho contractual europeo, han demostrado su importancia como límite a la validez de las cláusulas de limitación de la responsabilidad. El principal inconveniente es la falta de un concepto uniforme de la buena fe. Un análisis de fondo revela que la buena fe es una norma abierta cuyo contenido no puede, ni debe, ser determinado de manera abstracta, para que sea capaz de adaptarse a las circunstancias particulares que la rodean.⁸¹ La derivación de la buena fe como criterio limitador busca establecer un control que permita mantener el equilibrio contractual. Y obtener cierta confianza en el desarrollo de la contratación internacional, sirviendo de freno en la tentación del abuso. Como dijo el célebre autor Domat:⁸²

no hay ningún tipo de convención donde no se sobrentienda que una parte no deba a la otra la buena fe, con todas las consecuencias que pueda exigir la equidad, tanto en la forma de expresarse en la convención como para la ejecución de lo que se ha pactado.

Ahora bien, sin duda, es un término complejo a la hora de delimitar la validez de los pactos limitativos de la responsabilidad, sea concebido como un principio rector, una cláusula general o estándar o venga reflejada explícitamente en la norma que regule los dichas convenciones. El riesgo de la derivación de la buena fe para limitar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, como concepto jurídico indeterminado, dúctil y dinámico, es el otorgamiento de facultades al juez de cada ordenamiento para valorar la situación y las circunstancias concurrentes, lo que dificulta la seguridad contractual.

⁸¹ Sobre la naturaleza de la buena fe como cláusula general, como norma o principio general, véase Jauffret-Spinesi, C., “Théorie et pratique...”, *General Clause...*, cit., p. 23.

⁸² Domat, J., “Les lois civiles dans leur ordre naturel”, *Ouvres complètes de J. Domat*, París, Remy, 1835, 4 vols., p. 138.

2. *La razonabilidad y la obligación esencial*

La validez de las cláusulas de limitación y exención en los países *common law* se evalúa conforme a su “razonabilidad”, a falta de un reconocimiento expreso a las reglas de la buena fe u otro tipo de criterio similar.

Bajo el criterio de no razonabilidad, las cláusulas de exclusión y limitación serán ineficaces en Holanda, según dispone el artículo 6:248 (2)⁸³ del NBW. En este mismo sentido en el CC surinés. En términos similares, dicho criterio es asumido en los Países Nórdicos, según lo expresa el párrafo 36 de la Ley de Contratos.⁸⁴ En Irlanda, algunas cláusulas de exoneración, calificadas como no razonables, se recogen en la Sales of Good Act. El enfoque inglés, que se basa en la interpretación del acuerdo,⁸⁵ está centrado en el criterio de “razonabilidad” para declarar a las cláusulas de exención y limitación como inválidas, tal y como viene establecido en la UCTA.⁸⁶ En efecto, se prohíbe ciertos tipos de cláusulas que limiten o exoneren responsabilidad cuando se aprecie que sus términos no sean justos

⁸³ En general, sobre un comentario de este Código, De los Mozos y De los Mozos, J. L., “El nuevo Código Civil holandés: el derecho patrimonial”, *RDP*, vol. 79, 2, 1995, pp. 139-149; *id.*, “El nuevo Código Civil holandés: el derecho patrimonial”, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2005, pp. 315-332.

⁸⁴ Normativa que entró en vigor en Suecia (1915), Dinamarca (1916), Noruega (1918) y Finlandia (1929). Sólo ha habido una revisión importante, la inclusión a mediados de 1970 y principios de 1980 de una cláusula general (artículo 36 de la ley) por lo que es posible dejar de lado o mitigar las condiciones poco razonables del contrato, en particular en los contratos celebrados con consumidores. Particularmente, en 1976 la Ley de Contratos de Suecia fue modificada por la introducción de disposiciones que establecen la llamada “cláusula general” sobre la modificación y ajustes de los términos del contrato. Una disposición general similar fue introducida en Dinamarca en 1975 y en Finlandia y Noruega en 1983. Con esta disposición se faculta a los tribunales para intervenir en una relación contractual cuando dicha cláusula se considera no razonable. Desde que se introdujo el párrafo 36, se temía que socavaría *pacta sunt servanda*, tal y como se expone en Norlen, A., *Oskälighet och 36 § avtalslagen*, Linköping, Acta Iuris Lincopensis, 2004.

⁸⁵ En el *common law* se habla de una *manipulative interpretation* o interpretación tendenciosa para conseguir un resultado equitativo, que no se practica salvo casos muy excepcionales, cuyo objeto es paliar la injusticia de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Sobre el tema véase Lewison, K., *The Interpretation of Contracts*, 3a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 41 y 42, obra citada en Sánchez Lorenzo, S., “La interpretación del contrato”, en Sánchez Lorenzo, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Navarra, Cívitas Thomson Reuters, 2009, pp. 443-488, esp. 475, nota 88.

⁸⁶ Beale, H., “Droit anglais...”, *Les clauses...*, *cit.*, pp. 172-175.

y razonables, a través de un examen que se realizará teniendo en cuenta las circunstancias de cada contrato.⁸⁷ La sección 3 de la UCTA prevé especialmente que el profesional no puede excluir ni limitar su responsabilidad mediante una cláusula basada en una ejecución sustancialmente diferente a la que la otra parte podría de forma razonable esperar de él, esta redacción coincide, por cierto, con lo dispuesto en el artículo 7.1.6 de los PU 2010. Asimismo, en el ámbito de los contratos de consumidores, la singularidad de la UCTA radica en el criterio interpretativo del carácter *unfair* o no equitativo (injusto o incorrecto) de las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad contractual que, hasta hace poco, era desconocido en el derecho continental europeo.⁸⁸ Existen numerosos ejemplos donde los tribunales ingleses llegan a interpretar las cláusulas restrictivas de responsabilidad de manera que impidan a una parte utilizarlas en circunstancias no vaticinadas.⁸⁹

El derecho de Estados Unidos y el de las Islas Vírgenes contienen un régimen de mínimos a los que se somete toda cláusula contractual restrictiva, según lo que contempla el artículo 2-302 del UCC, ya que se dedica a posibilitar la supresión de la cláusula injusta o, incluso, de todo el contrato si fuese desmesurado. Este último precepto no define claramente la consideración de cláusulas *uncounscionable*. Dicho término guarda una relación muy estrecha con la buena fe y desempeña en la práctica una función sustancialmente coincidente. Y es que el calificativo “no razonable” puede indentificarse como “demasiado oneroso o deshonesto”.⁹⁰ Por tanto, del precepto se desprende que, en principio, todas las cláusulas son válidas hasta que un tribunal estime que son injustas o desmesuradas. La

⁸⁷ Sobre la consideración de “razonable” a una cláusula de restricción por parte de los tribunales, podemos consultar la sentencia *Shepherd Homes Limited vs. Ercia Remediación Limited*, 2007, EWHC 70 (TCC), donde se limita la responsabilidad del contratista en relación con el precio del contrato, que es menos de la cobertura del seguro mínimo exigido por el contrato.

⁸⁸ Acerca de este concepto jurídico indeterminado véase Ricci, A., “La ragionevolezza nel diritto privato: prime riflessioni”, *Contratto e Impresa*, 2005, pp. 626 y ss., así como la bibliografía citada en Albiez Dohrmann, K. J., *La protección...*, cit., p. 26, nota 9.

⁸⁹ Beale, B., “Droit anglais...”, *Les clauses...*, cit., pp. 172-175.

⁹⁰ Véase Shalev, G., “Control Over Exemption Clauses: A Comparative Synthesis”, *Boston College International and Comparative Law Review*, art. 3., vol. 1, 1997, pp. 11-45, esp. 20 y ss., <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr> (consultada en mayo de 2014).

doctrina de *unconscionability*⁹¹ tiene la intención de evitar un proceso de negociación injusta. El problema principal con el artículo 2-302 se presenta en la dificultad de aplicarlo a situaciones concretas y objetivas. El profesor Leff⁹² critica duramente este precepto, haciendo hincapié en el defecto de su redacción y en la falta de sentido del mismo, argumento que le lleva a reprochar que “los redactores no apreciaron plenamente la importancia de la necesaria *unconscionability*, concepto indeterminado de procedimiento-sustancia”.

Por otra parte, existen cuestiones no comprendidas en la UCTA, sobre todo lo relacionado con los contratos internacionales, según aparece expuesto en su sección 27. Para el control de las cláusulas de exoneración, cuando no es posible acudir a la UCTA, se recurre a la doctrina del *fundamental breach of contract*.⁹³ Esta técnica determina que el deudor que pretende alegar la eficacia de una cláusula de exclusión de responsabilidad no podrá beneficiarse de ella si su incumplimiento ha afectado a las obligaciones esenciales del contrato, ya que se considera particularmente grave. Desde un punto de vista crítico, esta teoría puede mostrarse perjudicial para el mundo de los negocios, ya que sirve al juez de coartada para intervenir en el contrato siempre que considere que existe un incumplimiento esencial.⁹⁴

En otros ordenamientos, ha sido la jurisprudencia la que ha introducido el límite del incumplimiento esencial para abordar el rechazo de la cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad. Los jueces belgas y franceses se han visto influenciados por la doctrina de la *fundamental*

⁹¹ Sobre su traducción al español, Sánchez Andrés, S., “El control...”, *cit.*, pp. 408 y 409.

⁹² Citado por Shalev, G., “Control Over...”, *cit.*, p. 25, nota 35.

⁹³ Como se estableció en la sentencia *Chanter vs. Hopkins* (1854) 4 M & W 399, donde se expuso que en un contrato de venta de guisantes no era correcto entregar melocotones, al no ser una ejecución correcta. Por tanto, una cláusula de exoneración no puede excusar el envío de otro producto totalmente diferente de lo pactado. La sentencia *Smeaton Hanscomb v. Sassoon I Setty* (1953) 1 WLR 1468 también se argumentó el rechazo de la cláusula de exoneración conforme la doctrina *breach of a fundamental term*.

⁹⁴ Para el entendimiento de este término, podemos observar que el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías recoge el concepto del derecho anglosajón de *fundamental breach of contract*, que más que un incumplimiento denota una auténtica violación del contenido obligacional del contrato, pues la diferencia entre el incumplimiento esencial, definido en su artículo 25, y el no esencial, viene determinada por el grado del perjuicio que se produzca para la otra parte, y no por la magnitud del incumplimiento en sí mismo.

breach del derecho inglés.⁹⁵ En Bélgica, aunque las partes son libres de restringir o excluir responsabilidad mediante pactos, éstos no deben afectar a la obligación esencial, porque si esto sucediera, dichas convenciones serían no válidas.⁹⁶ Similar ha sido la respuesta jurisprudencial francesa, que tampoco otorga validez a una cláusula que exima a una parte de una obligación esencial o fundamental del contrato. Si esto ocurriera, sería contrario al principio de la fuerza obligatoria del contrato, según el artículo 1134.1 del CC francés, y también desaparecería la causa de la obligación correspondiente al acreedor, por lo que el contrato sería nulo en virtud del artículo 1131 del CC francés.⁹⁷ En similar sentido, el artículo 1.839 del CC mexicano dispone que “las cláusulas que afecten a los requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria se entenderán por no puestas”. En todo caso, la obligación esencial es un término sujeto a enormes ambigüedades, debido a la potencialidad de las cláusulas que limitan el *quantum* indemnizatorio y su vinculación, generalmente, a las obligaciones esenciales. El uso de este criterio a la hora de determinar la validez de la cláusula de exoneración llevaría a declarar la ineficacia de la mayor parte de las cláusulas referidas. La doctrina francesa ha criticado que se pasa del control del incumplimiento al control de la formación del contrato, lo que ocasiona un desplazamiento lamentable. A partir de aquí, se evidencia un traslado en la vigilancia de

⁹⁵ Ghestin, J. *et al.*, *Traité de...*, *cit.*, p. 360.

⁹⁶ Véase Van Ommeslaghe, P., “Droit belge...”, *Les clauses...*, *cit.*, pp. 236-242; Eid, R., “La validité des clauses exonératoires de responsabilité et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises”, *Rev. Int. Dr. Com.*, vol. 53, núm. 1, pp. 141-157.

⁹⁷ La sentencia de la Cour de Cassation, de 22 octubre 1996, llamada asunto Chronopost, trata de otorgar validez a las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual en el servicio de transporte. Dicha resolución constituye un ejemplo sobre los límites de estas cláusulas y el carácter esencial de la obligatoriedad del contrato. Véase los comentarios de dicha sentencia en Sériaux, A. “L’affaire Chronopost: arrêt de principe ou accident de parcours? Variations sur le bon usage de la notion d’obligation essentielle”, *Recueil Dalloz*, 1997, p. 121; Delebecque, Ph., “Que reste-t-il de la validité des clauses de responsabilité?”, *D. Aff.*, 1997, 235; Llácer Matacás, Ma. R., “El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés”, *AFDUDC*, 2008, núm. 12, pp. 565-581; Capitant, H. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, París, Dalloz, 2008, núm. 157, p. 111; Mazcaud, D., “Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga?”, *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1832, http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/SEPTEMBRE_2010/D2010-1832.pdf (consultada en mayo de 2014).

las cláusulas restrictivas de responsabilidad de la etapa de ejecución a la etapa de configuración del contrato, esto es, a la formación y determinación del contenido obligatorio.

En relación con los pactos de irresponsabilidad del artículo 7.1.6 de los PU 2010, de clara redacción anglosajona, se dispone que “no podrán invocarse si fueren manifiestamente desleal⁹⁸ hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”. La interpretación de este precepto nos lleva a considerar que cuando las cláusulas son injustas o cuando su aplicación genera un desequilibrio exagerado entre las prestaciones de las partes o produce resultados poco equitativos, viene a alinearse con los sistemas que acogen el rechazo de las cláusulas de exoneración por la doctrina del incumplimiento esencial o por ser cláusulas no razonables. Los ejemplos que acompaña al comentario de este artículo, y salvando algunos defectos formales de la versión española, son especialmente valiosos para la adecuada comprensión de la realidad que la norma pretende reconducir. Por su parte, los artículos 8:109 de los PECL y III.- 3:105 del DCFR, influenciados por el derecho continental, no aluden de forma expresa los términos de no razonabilidad o incumplimiento esencial como límites a la validez de las cláusulas de exoneración.

3. *La conducta dolosa o culpable del deudor*

La responsabilidad causada por el dolo del deudor no puede ser limitada mediante un pacto entre partes, como señala el artículo 1001 del CO suizo; el artículo 1229 del CC italiano; el artículo 332, párrafo primero del CC griego;⁹⁹ el artículo 1474 del CC de Quebec; el artículo 1116 del CC

⁹⁸ En otras redacciones se empleó el término “manifiestamente inequitativo” referido a que una parte no puede invocar dicha cláusula si resulta notablemente injusto valerse de ella. Véase Morán Bovio, D., “Art. 7.1.6 de los Principios Unidroit”, *Comentarios a los Principios de Unidroit para los contratos del comercio internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1988, pp. 331-333.

⁹⁹ Incluso se va más allá, porque tal disposición afirma que, aunque no exista ningún tipo de fraude o negligencia grave, el acuerdo que excluya la responsabilidad del deudor será nulo si el acreedor trabaja a su servicio (*cf.* artículo 332, pfo. 2o., del CC). La misma solución se aplica si la cláusula en cuestión no se haya negociado individualmente o si la cláusula excluye la responsabilidad del deudor a raíz de una violación de los atributos de la personalidad, como la privacidad, la salud o el honor (artículo 332, pfo. 3o., del CC). Filios, P., *Ley de Contrato (parte general)*, Atenas, Sakkoulas, 2007 (en griego); Spiridakis, I.,

belga; el artículo 2106 del CC mexicano; el artículo 1102 del CC español; en el artículo 1150 del CC francés o el mismo precepto respecto del CC de Luxemburgo. Una cláusula de tal naturaleza sería contradictoria con la obligación misma, pues la voluntad de crear la obligación se vería contrariada, al facultar al deudor para un consciente y deliberado incumplimiento. Aunque algunas de estas legislaciones no expresen directamente el rechazo de las cláusulas cuando media negligencia grave, en la mayoría de los sistemas, salvo el belga, coinciden en asimilar el dolo a la negligencia grave para neutralizar la eficacia de dichos pactos.

La mayor parte de legislaciones caribeñas de tradición española o francesa establecen límites a los pactos limitativos de responsabilidad basados en la ley, moral u orden público (artículo 1106 del CC de Panamá; artículo 1207 del CC de Puerto Rico; artículo 1547 del CC de Honduras o el artículo 2437 del CC de Nicaragua). De igual manera existen reglas análogas sobre la no validez de las cláusulas exonerativas que responden al dolo o a la culpa grave de uno de los estipulantes, vinculadas al principio *culpa lata dolo aequiparatur*. Los códigos que han resuelto en este sentido son el de Argentina (artículos 507 y 511); el de Chile (artículos 44 y 1465); Colombia (artículos 64 y 1522); Puerto Rico (artículos 1054, 1055 y 1056); artículo 940 del CC de Haití. La doctrina y la jurisprudencia venezolana están de acuerdo en negar la validez a las cláusulas exonerativas de responsabilidad cuando el incumplimiento se debe al dolo o culpa grave.

La legislación del Reino Unido no tiene una definición clara de negligencia grave. Como se señaló en el caso de *Armitage vs. Nurse & Ors*,¹⁰⁰ negligencia grave es algo por lo que “los abogados ingleses siempre le han tenido una saludable falta de respeto”. En el derecho inglés, la expresión se utiliza en relación con el homicidio, pero no influye en la responsabilidad contractual, por lo que no existe norma especial sobre los incumplimientos deliberados. El hecho de que una cláusula de exclusión de la responsabilidad llegue a ser deliberadamente incumplida puede ser un argumento a tener en consideración para determinarla como irrazonable. En los Estados Unidos, un pacto de exoneración de la responsabilidad es contrario al orden público (*public policy*) cuando existe negligencia grave o

Derecho de obligaciones (parte general), Atenas, Sakkoulas, 2004 (en griego); Stathopoulos, MP, *Derecho de obligaciones*, Tesalónica, Sakkoulas, 2004 (en griego), <http://lawdb.intrasoftnet.com/>; <http://www.dsanet.gr/> (consultada en mayo de 2014).

¹⁰⁰ EWAC Civ. 1279, 12 de marzo de 1997.

conducta dolosa. Particularmente, el tomo II del Restatement se refiere a que la limitación de la responsabilidad no será aceptada si existe daño causado intencionalmente o descuido grave.

Los PU no proporcionan soluciones en estos términos, al igual que ocurre en el artículo 8:109 de los PECL. En cambio, el apartado primero del artículo III.-3:105 del DCFR alude a las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados por lesiones personales causados intencionadamente por dolo o con negligencia grave. Desde nuestro punto de vista, el párrafo primero del artículo III.- 3:105 del DCFR intenta reflejar las soluciones de los ordenamientos que optan por el dolo y la culpa grave ocasionados por el deudor para determinar la ineficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad contractual.

Otro de los exponentes claros de nulidad de la limitación convencional es la existencia de daños causados a las personas, ya que los bienes discutidos (vida, integridad corporal, salud, etcétera) quedan marginados de la facultad de disposición de los particulares. Ciertas normativas en el derecho comparado contemplan las reglas referidas a la no aplicabilidad de las cláusulas de limitación o exoneración en caso de daños y perjuicios por lesiones personales, tal y como la solución adoptada por la sección 2, párrafo primero de la UCTA; artículo 1474 del CC de Quebec;¹⁰¹ la legislación alemana, que prohíbe la exoneración de responsabilidad previa por daños a la vida, a la salud o al cuerpo, por dolo o culpa grave, o quebrantamiento intencional del contrato (§309, numerales 7 y 8; §276 y §278. Por su parte, los derechos francés o luxemburgués tampoco consideran válida cualquier cláusula limitativa en caso de lesiones corporales o muerte, de acuerdo con el principio de la no disponibilidad del cuerpo humano. En Bélgica o en España, a falta de respuesta directa, estas cláusulas quedan rechazadas por orden público.

Nos llama la atención cómo el artículo III.-3:105 del DCFR propone un acercamiento al concepto de negligencia grave, aunque dicha conducta se valorará dependiendo de la ley, los hechos y las circunstancias concu-

¹⁰¹ Que dispone que “ninguna persona podrá excluir o limitar su responsabilidad por el perjuicio material causado a terceras partes por una falta intencionada o grave; siendo, la falta grave, aquella que denota excesiva despreocupación, imprudencia o negligencia. Tampoco podrá excluir o limitar su responsabilidad por el perjuicio corporal o moral causado a un tercero”, en http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html (consultada en mayo de 2014).

rrentes al caso. Esta respuesta puede tener la intención de unificar y mejorar dicho término, ya que ningún ordenamiento europeo entra a apreciar su significado particular en el contexto de la eficacia de la cláusula restrictiva de responsabilidad. En cualquier caso, el problema viene proporcionado por la vaguedad del concepto de negligencia grave frente a la leve, delimitación que será descifrada por la jurisprudencia de cada país, lo que ocasiona la incertidumbre del deudor en caso de incumplimiento.

IV. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA UN RÉGIMEN POSITIVADO

El derecho contractual internacional y la nueva *lex mercatoria* revelan un interés significativo en garantizar una virtualidad mínima de las cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, y, sobre todo, evitar los abusos por su uso injustificado. En el derecho comparado, las normas aplicables a la validez de este tipo de cláusulas se caracterizan por su gran variedad de restricciones, lo que complica aún más su armonización. Para ello, los ordenamientos jurídicos utilizan argumentos de distinto tipo. En ocasiones, se intenta preservar el orden público, político, económico o social de la nación, o bien del ámbito internacional consagrado en normas jurídicas imperativas, a costa del rechazo de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad; a veces, se evita que alguno de los contratantes actúe con dolo o culpa grave para beneficiarse del régimen convencional de responsabilidad. En algunos casos, los tribunales han restringido la posibilidad de otorgar validez a estos pactos en la aplicación de principios generales del derecho, como la buena fe y lealtad contractual, o la prohibición del abuso del derecho o de la posición dominante.

La variedad de restricciones existentes en los ordenamientos jurídicos para regular las cláusulas limitativas de la responsabilidad dificultan la tarea de creación de soluciones uniformes y, sobre todo, pueden hacer peligrar la seguridad jurídica de las transacciones internacionales. Hemos tratado de revelar los elementos de convergencia de los distintos sistemas jurídicos y aislar las diferencias más características, acotando sus efectos perniciosos sobre el tráfico internacional. En este sentido, hemos catalogado en tres grandes causas recurrentes para que los ordenamientos jurídicos y los textos internacionales rebatan la validez de las cláusulas de

limitación de responsabilidad.¹⁰² Es cierto que cada vez más se comparten recursos parecidos para poder declarar la ineficacia de los pactos limitativos de la responsabilidad, lo que acercará la posibilidad de establecer un régimen armonizado en los diferentes sistemas jurídicos.

En la línea de los textos de referencia y con los sistemas jurídicos comparados, en una futura regulación se debería acoger un criterio amplio sobre la definición de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Los términos “limitar” y “exonerar” deben entenderse en el sentido más extenso posible, ya que ambos se dirigen fundamentalmente a hacer recaer sobre el acreedor los riesgos que normalmente deberían pesar sobre el deudor. La cláusula más habitual consiste en convenir una exclusión o limitación que afecte a la responsabilidad por daños y perjuicios, vinculada al remedio indemnizatorio, aunque nada impide que se aplique a otros remedios frente al incumplimiento (resolución, acción de cumplimiento o reducción del precio del contrato). Además, en este concepto amplio de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad, en una propuesta armonizadora para los sistemas objeto de comparación se ha de incluir el pacto que permita a una parte ejecutar una prestación sustancialmente diferente de la que la otra podía esperar razonablemente.

En cuanto a los límites que se deben establecer para orientarnos en la validez del pacto de exoneración, antenderemos a los más acordes con los sistemas en presencia, que guarden simetría con el espíritu euro-americano. Para ello, debemos irremediablemente acudir a conceptos amplios, como “*cuando fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato y las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento*”. En cuanto al límite anglosajón de razonabilidad (*unconscionable*) está implícitamente contenido en lo que se espera que la parte incumplidora haya actuado con prudencia o razonablemente con la idea de prevenir la opresión y la sorpresa injusta. El calificativo “razonable” o “irrazonable” se determina con arreglo al criterio mixto, integrado por el elemento subjetivo-funcional, representado por las “circunstancias particulares en la que una o ambas partes operan” y/o por el elemento objetivo, de la “naturaleza atípica de la operación”, de tal manera que si la cláusula es tan particula-

¹⁰² Semejante distinción viene expuesta por Tallon, D., *Damages, Exemption Clauses, and Penalties*, 40 Am.J.Comp.L., 1992, pp. 675-681, en espec. pp. 679-681, <http://www.trans-lex.org/129100>.

rizada a favor de una de las partes contractuales que la haga irrazonable o excesiva, ésta quedará por no puesta. De esta manera, cuando las cláusulas son manifestamente injustas o su aplicación genera un desequilibrio exagerado entre las prestaciones de las partes, o si producen resultados poco equitativos, la solución viene a alinearse con los sistemas que acogen el rechazo de las cláusulas de exoneración por la vía de la doctrina del incumplimiento esencial o por ser cláusulas no razonables.

Como se ha visto, algunos sistemas normativos se refieren a una prueba de la buena fe o un criterio equivalente como límites aplicables a estos pactos, frente a otros ordenamientos jurídicos anglosajones que utilizan un criterio de razonabilidad y el respeto de la obligación esencial del contrato. Aunque en la propuesta no se señalen expresamente estos límites, los pactos limitativos o exoneratorios que los vulneren serán rechazados. Existen unas exigencias fundamentales de orden público, moral y buenas costumbres que abrazan al ámbito contractual, siendo acogidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, en cuanto que se viola una norma imperativa, lo que hace innecesario volver a enunciarlos en la propuesta sobre las cláusulas de limitación. De esta manera, se considera contrario a la buena fe y a la lealtad contractual o irrazonable que una parte invoque una cláusula de limitación de la responsabilidad en circunstancias no contempladas o diferentes a las que se tuvieron en cuenta a la perfección del contrato.

Con la idea de erradicar actitudes negligentes del deudor, surgen los límites vinculados a su conducta para la aceptación de las cláusulas de exoneración en ordenamientos jurídicos pertenecientes esencialmente a la tradición jurídica romanista. Esta manifestación, en cierta medida, se traslada a los textos internacionales que pretenden la unificación del derecho contractual y a los sistemas jurídicos estudiados. Pero introducir esta fórmula en una futura respuesta específica para dichas cláusulas podría ser delicada, ya que en ciertos sistemas jurídicos sería inadmitida. Con la idea de evitar el choque entre las tradiciones jurídicas presentes, resulta interesante dejar a un lado a los límites relacionados con la conducta subjetiva del deudor, tradicionales en los derechos de inspiración española y francesa pero inexistentes en la órbita del *common law*. En este punto consideramos oportuno valorar “la finalidad del contrato y en las circunstancias en que se ha producido el incumplimiento”, de tal manera que si es

intencionado o existe culpa grave de uno de los estipulantes, la cláusula de exoneración no sea ejecutable.

En definitiva, apostamos por un régimen positivado para las cláusulas de limitación o exoneración similar al establecido en los PU, lo que mermaría las interrogantes y dificultades comunes, como la ubicación conceptual de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, la tipología, la forma de controlarlas, los límites de validez que se deberían respetar y los criterios que determinan su sanción. Las respuestas especializadas insertas en textos internacionales unificadores del derecho contractual pueden disminuir los riesgos en la contratación internacional y beneficiar a la seguridad jurídica.