

Cláusulas referidas a la limitación y a la exclusión de la responsabilidad

por Aída Kemelmajer de Carlucci
Profesora titular de Introducción al Derecho y
Directora del Departamento de Disciplinas
Jurídicas de la Facultad de Ciencias
Económicas de la U. N. de Cuyo.

I. Ideas introductorias

En ciertos contratos, se encuentran frecuentemente cláusulas que de uno u de otro modo restringen el derecho del acreedor a ser indemnizado, liberan al deudor de algunos efectos o impiden al acreedor el ejercicio de ciertos derechos nacidos de la contratación.

El tema puede ser encarado desde dos ópticas: una amplia y otra restrictiva.

a) *Amplia*: comprende todas aquellas cláusulas que excluyen alguna de las sanciones que el ordenamiento dispone para quien lo transgrede; por ej., se impide al contratante cumpliente ejercer la facultad resolutoria, la *exceptio non adimpleti contractus*, apelar la sentencia desfavorable, etc.

Con este alcance, el pacto de limitación de responsabilidad es aquél por el cual una persona renuncia preventivamente y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, a un efecto cualquiera de la responsabilidad que la ley dispositiva le atribuye a otro por el incumplimiento de un deber jurídico (1).

(1) Este fue el concepto que propusimos junto a Diego Boulín y Carlos Parellada en la ponencia presentada a las Jornadas sobre responsabilidad civil en homenaje al Prof. Roberto Brebbia, celebradas en Rosario los días 6 y 7 de noviembre de 1986.

b) *Restictiva*: abarca sólo la dispensa o restricción de su efecto esencial: la obligación de reparar. Por eso, algunos autores prefieren hablar de "cláusula de no indemnizar". En esta exposición me referiré al tema con este alcance, sin perjuicio de "abrirlo" para algunas cuestiones puntuales.

II. Orígenes socio-económicos de estas cláusulas

Ana Prata (2) explica la aparición de estas cláusulas por las siguientes razones socio-económico-jurídicas:

1) *El aumento cuantitativo de los contratos*: La división social del trabajo y la consecuente especialización creciente de las actividades económicas determinan la atomización del objeto de cada operador económico; de allí resulta que los sujetos tienen necesidad de relacionarse recíprocamente con infinidad de otros sujetos con quienes se intercambian productos o servicios mediante una multiplicidad de relaciones contractuales. En razón de que muchos de ellos están vinculados, el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o tardío de uno de ellos, provoca daños que crecen en proporción geométrica.

2) *El desarrollo tecnológico*: el riesgo de que los daños acaezcan o se agraven crece con el desarrollo tecnológico; el incumplimiento o el cumplimiento tardío o defectuoso, muchas veces supera el valor de las prestaciones incumplidas.

3) *Aumento de los sujetos Intervinientes*: La imposibilidad fáctica de prestar personalmente la actividad y las ventajas de la división del trabajo llevan a que el deudor se auxilie de un número cada vez mayor de personas y aunque ésto constituye para él una ventaja, también amplía el número de sujetos por los que debe responder.

4) *Creación del riesgo empresarial*: La organización de la actividad de estos conjuntos humanos comporta en sí misma la posibilidad de causar perjuicios; existen daños estadísticamente comprobados como casi inevitables y, siendo anónimos, no cabe sino imputarlos al titular jurídico de la organización.

5) *La debilidad de la culpa*: La insuficiencia del concepto jurídico de culpa trajo como consecuencia un ensanchamiento de los factores objetivos de atribución.

Frente a toda esta complejidad y la posibilidad cierta de afrontar indemnizaciones costosas, los sindicatos como responsables, tratan de aliviar sus costos.

(2) PRATA, Ana, Clausulas de exclusao e limitacao da responsabilidade contratual, Coimbra, Liv. Almedina, 1985 págs. 13 y ss.

III. Origen de estos pactos

La mayoría de la doctrina vincula el origen de estos pactos al contrato de transporte (3) por las siguientes razones:

1) El transporte es un instrumento para el funcionamiento de la producción industrial, por lo que todo cuanto sucede en su ámbito, tiene incidencia en las actividades a las cuales sirve.

2) En sus orígenes, los riesgos asumidos por el transportador se presentaban como difícilmente soportables debido a que los medios técnicos utilizados no estaban suficientemente desarrollados en una actividad incipiente.

3) El contrato de transporte se celebra normalmente por medio de una simple adhesión y, quiérase o no, es casi imposible disociar la discusión sobre las convenciones de responsabilidad y los contratos de adhesión.

IV. Ventajas (4)

Los defensores de este tipo de cláusulas invocan las siguientes ventajas:

1) Se trata de un instrumento de autoprotección de los empresarios; por lo tanto, estimulan la iniciativa alentando la actividad empresarial que, en definitiva, beneficia a toda la comunidad.

2) El contrato es una unidad; cuando se colocan este tipo de cláusulas es porque el cocontratante ha obtenido otra ventaja en compensación.

3) El empresario no debe soportar costosas acciones indemnizatorias y por eso puede abaratar sus costos.

4) Se facilita la contratación de seguros, porque al existir topes o límites se pueden calcular primas, premios etc., lo que favorece fundamentalmente a los dañados. Si las indemnizaciones son impredecibles, la contratación del seguro se dificulta.

(3) Ver, DE AGUIAR DIAS, José, Cláusula de no indenizar, 3 ed. Río de Janeiro, ed Forense, 1976 N° 56; GARCIA AMIGO, Manuel, Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, Madrid, Tecnos, 1965.

(4) Un análisis de ventajas y desventajas puede verse en VINEY, Genevive, Traité de Droit Civil, Les obligations, La responsabilité: effets., Paris, 1987 N° 187; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Su ponencia a las Jornadas en Homenaje al prof. Brebbia ya citadas, Rosario, ed. V. Sársfield, 1988 pág. 43; LITVINOFF, Saúl, Cláusulas relativas a la exclusión y a la limitación de la responsabilidad, Rev. de Derecho Comparado de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Bs. As., ed Zavallía, 1977, N° 1 pág. 97; STIGLITZ, Rubén y Gabriel, Invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad en la contratación predispuesta, en L.L. 1984-D-995

5) Cuando la cláusula es razonable, reparte equitativamente los riesgos del contrato. Muchos emprendimientos son de alto riesgo y nadie está dispuesto a afrontarlos sin saber hasta dónde compromete su patrimonio.

V. Inconvenientes

1) Estas cláusulas favorecen actitudes negligentes; alientan la desidia, el descuido y la despreocupación de los deudores por cumplir.

Contestan los defensores que alguna vez se dijo lo mismo del contrato de seguros y sin embargo, hay una tendencia constante a propiciarlo, incluso de manera obligatoria.

La réplica no resiste el análisis: aunque el deudor consigue su liberación (total o parcial) tanto en una como en otra figura, la cláusula limitativa perjudica al acreedor (damnificado o víctima) porque se ve privado o limitado de lo que le corresponde; el seguro, en cambio, lo beneficia, porque percibe lo que se le debe de un responsable generalmente solvente. Por lo demás, existen medios efectivos para que el seguro no aliente la negligencia del asegurado (por ej., fijando las primas en relación con los siniestros etc.) (5).

2) Es de ingenuos no advertir que estas cláusulas son impuestas por los contratantes más poderosos; normalmente aparecen en contratos en los que nada puede discutirse de tal modo que ninguna ventaja ofrecen como contrapartida.

3) Contrarían toda la evolución de los principios de la responsabilidad civil, que muestra pasos firmes en favor de las víctimas.

4) Tratándose de cláusulas exonerativas, son destructoras del propio vínculo jurídico.

VI. Tipos de pactos

Dice García Amigo que la variedad es casi infinita: "el ingenio de los empresarios muestra su exuberante fantasía, creando una riqueza extraordinaria de cláusulas contractuales con el fin último de hacer recaer sobre los acreedores (sus clientes), los perjuicios que a través de la responsabilidad contractual él debería tener a su cargo"; concluye que pretender una clasificación completa es un "empeño inalcanzable"(6).

(5) Ver ALONSO SOTO, Ricardo, El seguro de la culpa, Madrid, ed. Montecorvo, 1977 pág.249. LLAMBIAS, Jorge J., Convenciones concernientes a la responsabilidad civil extracontractual. Seguro de responsabilidad, ED 65-805.

(6) GARCÍA AMIGO, op. cit. pág. 125.

No obstante, pueden ser divididos en dos grandes grupos: pactos *exonerativos* y *limitativos*. Los primeros excluyen la obligación de reparar; operan a la manera de una renuncia anticipada del acreedor a los efectos propios del incumplimiento; los segundos, en cambio, producen modificaciones de diversos tipos pero sin eliminar totalmente el deber de responder.

Unos y otros (pero especialmente los limitativos) pueden tener muy variado contenido (7), algunos de las cuales son los siguientes:

1) Convención que limita los factores de atribución por los cuales el deudor se obliga; por ej., sólo responde por culpa grave, pero no si el daño proviene del riesgo de la cosa o de la culpa leve.

2) Liberación por los actos de terceros que por iniciativa del deudor intervienen en el cumplimiento. Por ej., la "negligence clause" típica del transporte marítimo y de origen inglés, excluye la responsabilidad del armador por los actos culposos del capitán o de cualquier elemento de la tripulación del navío.

3) Cláusulas por las cuales se asimilan ciertos hechos al caso fortuito. Por ej., al constructor no le es imputable la falta de material o la huelga de sus empleados.

4) Pactos de imposición de deberes o cargas al acreedor: por ej., el vendedor no responde si el comprador hizo reparar la cosa comprada con un tercero no designado por el enajenante, o si no hizo revisar periódicamente la máquina por un servicio técnico determinado.

5) "Insurance clause": es característica del transporte marítimo: el transportador se libera de todos aquellos riesgos que puedan ser objeto de un contrato de seguro a tomar por el acreedor. (8)

6) Exoneración de la responsabilidad por mora; puede ser entendida con dos alcances: a) Liberación de los daños moratorios pero no de los otros efectos del retardo; b) Exclusión de todos los efectos de la mora, entre ellos, el de traslación de los riesgos.

7) Declaraciones sobre el estado de las cosas objeto de la contratación: la renuncia anticipada al derecho indemnizatorio puede disimularse bajo la for-

(7) Ver PINTO MONTEIRO, Antonio, Cláusulas limitativas e de exclusao de responsabilidade civil, Coimbra, 1985, pág 103 y ss; PRATA, Ana, pág 56 y ss; VINEY, G., op. cit. N°181. La del texto es una mera enunciación que no implica adelantar opinión sobre la validez de todas las cláusulas mencionadas; por el contrario, muchas de ellas son nulas, como se verá más adelante.
(8) Esta cláusula sólo excluye los hechos no culposos, por lo que es admitida sin discusiones.

ma de declaración, de verificación del bien y de sus cualidades (9).

8) Obstáculos previos para iniciar demandas judiciales: por ej., se conviene que previo a demandar el acreedor debe practicar dos pericias para determinar el estado del inmueble o debe esperar determinado plazo posterior a la intimación extrajudicial, etc.

9) Cláusulas que fijan un máximo indemnizatorio; la más frecuente es la que indica una suma a forfait; se trata de un techo, tope o plafond.

10) Convención por la cual se determina la cosa que se entregará en caso de incumplimiento. Por ej., la empresa que revela los rollos fotográficos se obliga a entregar un film vírgen si arruina el del cliente.

11) Cláusulas que invierten la carga probatoria; por ej., las que sustituyen obligaciones de resultado en obligaciones de medios, etc.

12) Cláusulas de limitación de garantía en virtud de las cuales el poder de agresión patrimonial del acreedor sólo puede ejercerse sobre determinados bienes del deudor.

VII. Las cláusulas de no responsabilidad y de no obligación

Un sector de la doctrina distingue entre aquellas cláusulas por las cuales el deudor no se obliga a una determinada prestación ("clauses de non-obligations") y las que les permiten exonerarse de las consecuencias de su incumplimiento ("clauses de non responsabilité").

La primera configura una "ausencia de obligación"; se elabora en la etapa anterior al nacimiento de la obligación; la parte descarta una obligación que normalmente debiera pesar sobre ella; se trata del libre uso de la libertad de las partes en dar contenido a la obligación no tomando a su cargo deberes accesorios de conducta. Por ej., el comprador dice que no asume los gastos de confección del contrato; el comodatario dice que no soporta los gastos de conservación; el locador que no toma a su cargo las mejoras que el código le impone, etc. (10).

La figura se asimila a las cláusulas de no seguro previstas en ese tipo de contrato. No se trata de liberar a la aseguradora sino de excluir los riesgos que no asume (por ej., no toma actos de terrorismo).

(9) En el Derecho inglés la cláusula es irrelevante siempre que se pruebe que la cosa no fue efectivamente examinada. Ver referencias en PRATA, Ana, *op. cit.* pág 69 y ss.

(10) Ver PINTO MONTEIRO, Antonio, *op. cit.* pág.116; MUZUAGHI, Abdel Salam, Le déclin des clauses d'exoneration de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau, Paris, ed Pichon et Durand, 1981 Nº 75.

Coincidimos con Viney en que aunque la distinción es conceptualmente exacta, muchas veces se manifiesta muy difícil de poner en práctica; por lo demás, la ley y la jurisprudencia han puesto límites de validez muy similares a unas y otras.

VIII. Las cláusulas limitativas y el principio de autonomía de la voluntad

La mayoría de la doctrina afirma que estas convenciones enraízan en el amplio principio de la autonomía de la voluntad; de allí que su validez encuentra los mismos límites que el moderno derecho de la contratación coloca a dicho principio.

En efecto, para el derecho contractual de corte liberal e individualista, el sujeto contratante era el mejor defensor de sus propios intereses; aún cuando se equivocara, tenía por lo menos la satisfacción de ser el artífice de su propia desgracia ("l'artisan de son propre malheur"). Reinaba el principio de la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, es sabido que la crisis de esta noción es tan profunda que se la ha llegado a comparar con un "frasco de perfume vacío" (11).

IX. Las cláusulas limitativas en la órbita contractual y extracontractual

En opinión de algunos autores, debe efectuarse una línea demarcatoria entre ambas órbitas: mientras en la contractual, la regla es la validez de las cláusulas limitativas, en la extracontractual, es la invalidez (12). Esta tesis, que se funda en un viejo axioma repetido por la doctrina francesa ("la responsabilité délictuelle est d'ordre publique"), es la que prevaleció en la comisión nº 1 de las Jornadas de Responsabilidad civil en homenaje al Dr. Brebbia, cuyas recomendaciones fueron las siguientes:

"1. En materia extracontractual la regla es la invalidez de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

2. Como regla, las cláusulas limitativas de responsabilidad son válidas en los contratos discrecionales."

(11) Ver PINTO MONTEIRO, Antonio, *op. cit.* pág. 47. La bibliografía sobre el tema es inagotable. Nos remitimos, por todos, a ALTERINI, Atilio A., y LOPEZ CABANA, Roberto, La autonomía de la voluntad en el contrato moderno y sus citas.

(12) Ver PISU, Luciana C., Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento, en Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale, a cura di Giovanna Visintini, Milano, ed Giuffrè, 1984 pág. 100.

Algunos agregaron al punto 1 que "en ningún caso deben admitirse tales cláusulas en materia extracontractual" y otros hicieron diversas aclaraciones al punto 2.

En verdad, las hipótesis en las que se convienen limitaciones por eventuales daños extracontractuales son excepcionales y, en alguna medida, la cuestión depende de qué se entienda por responsabilidad contractual. Así por ej., algunos autores que incluyen el transporte benévolo en la órbita extracontractual, consideran válidas las cláusulas limitativas de responsabilidad de daños que no afecten la vida o la salud; con idéntico alcance se acepta en los daños deportivos (13); ambos supuestos se dan como ejemplos de excepción. En mi opinión, son válidas las cláusulas por las cuales se convienen limitaciones por eventuales riesgos recíprocos de sufrir daños materiales; por ej., propietarios de fundos vecinos renuncian a la obligación de reparar los daños materiales producidos a las cosas por los animales de uno y otro; dos empresas navieras que utilizan la misma ruta convienen no reclamarse los daños de ese mismo tipo que puedan causarse; los convenios de reciprocidad entre compañías aseguradoras, etc.

Esta concepción no es extraña al código peruano cuyo artículo 1986 ubicado en la sección sexta del libro VII dispone: "Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable". Es decir, no sanciona con la nulidad las cláusulas que limitan la responsabilidad por *riesgos* recíprocos.

X. Las cláusulas limitativas que previenen la conducta de los auxiliares del deudor

1. La responsabilidad por el hecho de otro:

Tanto en la órbita contractual como en la extracontractual, el presunto responsable puede valerse de otro sujeto para la realización de la actividad que produjo el daño. En el mundo comercial moderno esta situación es frecuente pues los contratos se realizan entre empresas o entre la empresa y el consumidor; no hay un trato personal con el cocontratante sino con otras personas físicas que de él dependen o de los que se vale. En lo extracontractual tampoco es circunstancia excepcional; muchos daños provienen de la actividad desarrollada a través de dependientes. Las mayoría de los códigos contienen normas generales que regulan la responsabilidad aquiliana por el hecho de otro (por ej.

(13) Ver posiciones en este sentido en VINEY, G., op. cit. N° 212. En mi posición son supuestos de responsabilidad contractual. Ver mi exposición sobre responsabilidad en la actividad deportiva.

art. 1113 del Código Civil argentino); en lo contractual, en cambio, sólo tienen normas aisladas; por ej., en el derecho argentino, los arts. 1631 (locación de obra); 1924 (mandato); 2230 (hotelero); 2274 (comodato); 1561 (locación de cosas), etc.

El código peruano, con mejor técnica, dispone en su art. 1325 que "el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario". Es también la línea seguida por el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de Argentina, que en su art. 521 dispone: "El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de las obligaciones".

Se han desarrollado varias teorías para explicar el fundamento de la extensión de la responsabilidad por el hecho cometido por el dependiente o auxiliar. Por mi parte, comparto la tesis de la estructura de la relación obligatoria, que se construye sobre dos postulados: la irrelevancia jurídica de la sustitución y la equivalencia de los comportamientos. Salvo que se trate de obligaciones "in-tuitu personae" para el acreedor es lo mismo que le cumpla el deudor o su dependiente; lo único que cuenta es el cumplimiento del comportamiento que se le adeuda.

2. En opinión de algunos autores, las cláusulas limitativas de responsabilidad por el hecho de los terceros de los que se vale el deudor, merecen un régimen distinto a las que prevén la conducta personal del deudor. Esta solución ha sido seguida por algunos códigos extranjeros. Por ej., los arts. 217/2 del código egipcio y 220/2 del código de Libia permiten al deudor estipular que podrá exonerarse de responsabilidad contractual por el dolo o la culpa grave cometida por las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de la obligación. Este criterio es el de los códigos alemán (art 278) y suizo de las obligaciones (art 101), que no obstante consagrar en forma amplia la responsabilidad contractual por el hecho de otro, permiten las cláusulas exoneratorias.

En mi opinión, este modo de resolver el problema contradice el fundamento mismo de la responsabilidad por el hecho de otro. En efecto, si éste se encuentra en la estructura misma de la relación obligatoria, no hay razones para distinguir entre uno y otro supuesto; la cláusula será nula o válida en los mismos casos (14).

Este es el criterio que se propició por unanimidad en las Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. Brebbia (Rosario, 1987); luego de establecer los supuestos de validez e invalidez, la comisión N° 1 recomendó: "Las conclusiones expresadas no se alteran por la actuación de auxiliares o depen-

(14) Conf. con el sistema unitario que se propicia en el texto, BESSONE, Mario, Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilita. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza, en Rev. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obligazioni, t. LXXII (1974) pág. 340 y ss.

dientes en el cumplimiento". Es también la que prevalece en la moderna doctrina comparada (15) y la que sigue el código peruano (art. 1328), el italiano (art 1229, 2 parte), etc.

XI. Fronteras de la validez de las cláusulas limitativas

Los límites impuestos a la eficacia de estas cláusulas son tan numerosos e importantes que ha llegado a dudarse de que la validez sea la regla (16).

1. Restricciones legales

a) Generales:

** La mayoría de los códigos prohíben dispensar anticipadamente el *dolo* (ver, arts. 507 CC argentino, 1328 del Perú, 1102 de España, 276 2º parte del BGB, 100 del Cód. suizo de las obligaciones; 2106 de México, 1522 de Colombia, 1465 de Chile, 1229 de Italia, 350 de Bolivia etc.). Muchas son las razones que justifican la invalidez de estas cláusulas: desnaturalizan la obligación (pues asumir una obligación sin sanción para el caso de incumplimiento es igual a no obligarse a nada); la convierten en una obligación bajo una condición absolutamente potestativa (el deudor cumple si quiere); contrarían el orden público, la moral y las buenas costumbres (porque el dolo todo lo corrompe y, en consecuencia, el deudor no puede quedar eximido de sus consecuencias).

** Muchos códigos equiparan el dolo a la *culpa grave*. En esta línea dice el art. 1328 del Cód. peruano: "Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o *culpa inexcusable*...". A diferencia de lo que acontece en materia de seguros, la doctrina acepta sin retaceos la identidad entre la culpa grave y el dolo a los efectos de las cláusulas limitativas (17).

** Los pactos exonerativos o limitativos no pueden ser una válvula para violar *normas de orden público*. Así lo dice expresamente el art. 1328 2º párrafo del Código de Perú, que sigue al art. 1229 2º parte del cód. italiano; el art 800 inc II del código de Portugal; 350 del código de Bolivia, 11 de Paraguay, 10 de Costa Rica. Igual conclusión surge del principio general establecido por el art. 21 del código argentino.

(15) Ver crítica al sistema egipcio y libio en MUZUAGHI, Abdel S., *op. cit.* N° 190 y ss. cláusulas limitativas.

(16) Ver VINEY, G., *op. cit.* N° 184 y ss. SIMANTIRAS, Const, La validez de las cláusulas de irresponsabilidad o limitativas de responsabilidad, reseñado por Ana María M. de Aguinis, en *Rev. de Derecho Comparado*. Bs. As., ed Zavallá, 1979 N 3 pág.177.

(17) Para esta cuestión en la órbita del seguro ver STIGLITZ, Rubén, El siniestro, Bs. As., ed Astrea, 1980 N° 32 y ss..

La noción de orden público ha adquirido en nuestros días una importancia considerable; su papel se ha transformado profundamente si se lo compara con el que tenía a comienzos de este siglo (18).

Por un lado, la cláusula es ineficaz en la órbita de obligaciones impuestas por leyes imperativas; son nulas, por ej., las cláusulas que exoneran o limitan deberes impuestos por el derecho de familia (por ej., el cuidado y persona de los incapaces), en el derecho laboral (por ej., las de irresponsabilidad por los accidentes de trabajo etc.).

Pero además, bajo el amparo del orden público, se declara la nulidad de numerosas cláusulas limitativas, tales como las que no respetan el llamado "mínimo del contrato" y otras que se analizarán.

b) Específicas para determinados contratos

La mayoría de los ordenamientos regulan estas cláusulas en algunos contratos en particular. En estos supuestos, debe estarse a la norma especial. Disposiciones de este tipo se encuentran en Argentina, por ej., en el contrato de transporte (arts. 162, 184, 204 y 206 del Cód. de Comercio), en el de hotelería (art. 2232 del Cód. Civil), en la locación de obra, sancionando su nulidad en caso de ruina de edificios (art. 1646), para los infortunios laborales (art 13 ley 9688), etc.(19).

2. Jurisprudenciales

De los principios generales que informan el derecho positivo (orden público, moral y buenas costumbres, buena fe, etc), la jurisprudencia ha extraído innumerables e importantísimas restricciones a la validez de estas cláusulas. Los "standars" citados son hoy verdaderos "órganos respiratorios del sistema judicial" (20).

(18) Ver ponencia de los profesores cordobeses VALLESPINOS, Carlos G., y PIZARRO, Ramón D., en las jornadas en homenaje al Dr. Brebbia, cit. pág. 68. Excede los alcances de esta exposición realizar un análisis acabado de la noción de orden público. La bibliografía sobre el tema es extensísima. Remitimos, en general, a las siguientes obras: CALDANI, Ciuro M., Meditaciones trialistas sobre el orden público, JA 1977-II-711; CARDINI, Eugenio O., Orden público, Bs. As., ed. A. Perrot, 1959; RISOLIA, Marco A., Orden público y derecho privado positivo, Bs. As., ed. El Sol, 1957; VIGO, Rodolfo, Orden público y orden público jurídico, JA 1985-IV-675; para la noción de orden público económico, ver BERNARDINI, Alberto, Orden público económico, precisión y protección penal, I Jornadas interdisciplinarias sobre la empresa, pág. 409; FERRI, Giovanni, L'ordine pubblico economico, en Saggi di Diritto Civile, Roma, ed Maggioli, 1984 págs.341 y 394 y ss.

(19) Ver ALTERINI, Atilio y LOPEZ CABANA, Roberto, Invalidez de las cláusulas limitativas en la responsabilidad profesional L.L. 1989-D-916; ARDELLA, Cristina y otros, Análisis respecto a la validez de las cláusulas de irresponsabilidad contractual, Rev. Notarial Nº 901 pág. 1257 y ss.etc.

(20) PINTO MONTEIRO, Antonio, op. cit. pág. 21.

En la exposición de las ideas fuerza que dominan la materia, sigo, en general, la sistematización de Genevive Viney (21).

a) *Nulidad de las cláusulas que afectan derechos indisponibles del sujeto* (la vida, la salud, el honor, la intimidad, la libertad, etc.)

En numerosos contratos los jueces encuentran implícitamente pactada la obligación de seguridad, de mantener incólume la integridad física y psíquica del acreedor (por ej., contrato de transporte, de espectáculo público, convención innominada por la cual un incapaz queda bajo la custodia de otro, de venta de productos de consumo etc.) (22). Una de las aspiraciones esenciales de nuestra civilización es precisamente asegurar a los ciudadanos su integridad física; en consecuencia, los contratos que contradigan esta finalidad esencial, vulneran el orden público (23).

Una muestra acabada de esta concepción la ha dado la Corte Constitucional de Italia al declarar la inconstitucionalidad de las normas internacionales que regulan las indemnizaciones en el contrato de transporte aéreo. El alto tribunal consideró que esas indemnizaciones, tremendamente bajas, vulneran el principio de igualdad ante la ley (pues el transportador terrestre debe indemnizar sumas superiores que el aéreo) y el art. 2 de la constitución italiana que garantiza el respeto a la vida y la dignidad humana (24).

b) *Nulidad de las cláusulas que destruyen la protección de los derechos esenciales del trabajador*

Sin desconocer las múltiples disquisiciones que los laboristas hacen sobre la irrenunciabilidad de los derechos emanados de la llamada legislación

(21) VINEY, G., *op. cit.* N°190.

(22) Ver VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo, Rosario, ed., Velez Sársfield, 1988.

(23) Conf. PISU, Luciana C., *op. cit.* pág.104. Ver BEAUDONNAT, Emile, Des clauses de non responsabilité et de l'assurance des fautes, Paris, ed. Lib. de jurisp. 1927; ROCA SASTRE, Ramón y PUIG BRUTAU, José, Limitaciones legales y convencionales de responsabilidad, en Estudios de D. Privado t. 1 pág. 174.

(24) Ver CASTELLI, Luis, La limitación de responsabilidad en el transporte aéreo, L.L. 1987-B-747.

social (25), acierta Genevive Viney al categorizar por separado la nulidad de estas cláusulas limitativas, desde que están dominadas por principios específicos de esa rama del Derecho.

c) Nulidad de las cláusulas que tienen por objeto restringir la protección de los consumidores.

Es evidente que en este tema la legislación europea está mucho más avanzada que la latinoamericana (26). No obstante, como se ha visto, nuestros códigos tienen disposiciones específicas cuya finalidad es la protección del consumidor profano frente al profesional. El caso típico es el de la invalidez de las cláusulas de irresponsabilidad y limitación por ruina de edificios (art. 1646 Código Civil argentino y 1784 Código peruano), el de liberación del hotelero (art. 2232 del Código argentino), etc. Por mi parte, ubico en esta categoría, los casos resueltos por la jurisprudencia argentina en los que se declara la nulidad de los pactos contenidos en los contratos de garaje; los efectos de este contrato atípico han sido objeto de numerosos pronunciamientos judiciales. La idea dominante es que el fin perseguido por quien deja su auto en un garaje cerrado,

(25) Para esta cuestión ver, ALVAREZ, Eduardo O., Autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos, D. del Trabajo 1988-891; ARRIA SALAS, Alberto, Irrenunciabilidad en el derecho laboral, Encic. Juríd. Orbeba t. XVI pág.868; BENITEZ, Delfor, El principio de irrenunciabilidad en un sistema de crisis, D. del Trabajo, 1990 pág.195; CAÑAL, Diana, Distintos aspectos y manifestaciones de la irrenunciabilidad laboral, Leg. del Trabajo 1989 Nº 439 pág. 499; CANFALONIERI (H), El principio de irrenunciabilidad en el derecho del trabajo, L.L. 1989-A-851; CORNAGLIA, Ricardo, La flexibilidad y el orden público laboral, D. del Trabajo 1988-883; DE LA FUENTE, Horacio, De nuevo sobre la renuncia de derechos y las modificaciones del contrato de trabajo. Estado actual de la controversia, Leg. del Trabajo Nº 420 pág. 903; FERREIRA, Tatiana, La autonomía colectiva y la irrenunciabilidad en el derecho del trabajo, en Rev. Trab. y Seg. Social, 1988 pág. 503; GARCIA MARTINEZ, Roberto, La irrenunciabilidad y el orden público laboral, en D. del Trabajo, 1986, pág. 1751; LORENZETTI, Ricardo, La autonomía colectiva y privada en la modificación de condiciones del trabajo, en LL 1988-D-1020; NERVA, El orden público en la legislación del trabajo LL 120-667; PAWLOWSKI DE POSE, Con relación al principio de irrenunciabilidad en el campo previsional, en D. del Trabajo 1989-2021; SOLVES, María C., La autonomía individual y la irrenunciabilidad de derechos, en D. del Trabajo 1988-1917; VACCARI, Horacio, Combate entre dos principios (irrenunciabilidad y seguridad jurídica) L.L. 1990-A-800.

(26) Para el tema ver, VINEY, G., op. cit. Nº 198 y ss; ANDORNO, Luis O., La protección del consumidor en el derecho francés, Rev. Jus Nº 36 pág.10 y en Zeus Nº 37 pág. D-75; BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores, Madrid, Tecnos, 1987; BREAUBRUN, Marcel y otros, Le Droit du crédit au consommateur, Paris, ed Litec, 1982; BROSETA PONT, Manuel, Aspectos generales para una introducción sobre el derecho de los consumidores, en Estudios de D. Mercantil en homenaje al prof. Antonio Polo, Madrid, 1981, pág. 73; GARCIA AMIGO, La defensa de los consumidores desde el derecho privado, en Rev. de Derecho Privado, Madrid, Mayo de 1985, pág. 395; GHESTIN, Jacques, Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, Paris, ed Lib. Gén. de Droit, 1987

no es sólo encontrar un espacio donde estacionarlo, sino tener protección y seguridad para su vehículo; por eso, "resulta inconciliable la finalidad del contrato con la cláusula que libera al titular del garaje de responsabilidad por daños" (27). Esta regla no se rompe aunque el local no haya sido autorizado administrativamente para funcionar como garaje (28).

Esta jurisprudencia es inaplicable a los supuestos de parquímetros públicos bajo concesión ubicados en la calle, pues en estos casos el vehículo no se "entrega" al permisionario, por lo que no hay depósito (29).

También deben ubicarse dentro de esta categorización los fallos que declaran la nulidad de las cláusulas contenidas en otros contratos de depósitos. Así por ej., un tribunal condenó a reparar los daños sufridos no obstante la existencia de dos cláusulas: una por la cual el depositante no acepta la propuesta de contratar un seguro contra incendio, robo o hurto y asume los riesgos relevando al depositario de toda responsabilidad y otra que decía que en ningún caso, el depositario podría ser condenado a una suma superior al precio de 6 meses de depósito. Se dijo que si se pudiera dispensar las consecuencias del incumplimiento, el orden jurídico zozobraría al quebrarse su base, dejando sin causa a la obligación. (30)

En este mismo ámbito debe ubicarse la sentencia que, no obstante declarar que la regla es la validez de estas cláusulas, sobre todo si están insertas en el estatuto de la asociación a la que pertenece el damnificado, la declara inaplicable al caso porque se ha probado la culpa de la demandada. Se trataba de un club en el cual los asociados tenían caballos de su propiedad; el reglamento de uso de los boxes tenía una cláusula que decía que la responsabilidad por cualquier tipo de accidentes que pudieran lesionar al caballo o provocar su muerte (golpe entre caballos, incendio etc.) así como daños a terceros, es exclusiva incumbencia del propietario del animal, no asumiendo el club responsabilidad ni por robo ni por desaparición. Pero el gerente reconoció que el accidente sufrido por el caballo se produjo porque había poco personal de vigilancia (era el día 24 de Diciembre); y de esa simple culpa, el tribunal deri-

(27) Ver Cám. Nac. Esp. Civ y Com. sala I 8/11/1983 ED 116-640 (450.S.J.); Cám. Nac. Com. sala B 7/3/1978 ED 77-527; sala D 29/4/1977 JA 1978-III-529; Cám. Apel de Santa Fe sala I 13/7/1977 Zeus 13-J.158; Cám. nac. civ. sala C 7/4/1976 L.L. 1977-A-248; sala D 23/6/1977 ED 75-308 etc. Ver nota de ROCCA, Ival, Responsabilidad del garajista. Límites de las cláusulas liberatorias e imposiciones del funcionalismo en toda forma de usura contractual, L.L.112-21.

(28) Cám. Nac Com sala A 30/6/1988 ED 131-597.

(29) Ver fallo del Dr. Rivera, como integrante de la Cám. Nac. Com sala D 16/6/1983 L.L. 1984-D-403 con nota de MOSSET ITURRASPE, Jorge., Hurto en zona de parquímetros. La guarda de la cosa en las playas de estacionamiento y en la vía pública, L.L. 1984-D-403.

(30) Cám. Nac. Com. sala B 21/3/1989-D-504. Ver fallos en igual sentido en nota de investigación de jurisprudencia, Contrato de garaje preparado por Patricia Silvia Sánchez, en ED 101-772 y en Voz "Garaje", Rep.ED Nº 17, pág. 526.

vó la inaplicabilidad del pacto liberatorio (31).

d) Nulidad de las cláusulas que no obstante dispensar de culpa leve, liberan al deudor de su obligación esencial.

Estas cláusulas son nulas porque en estos casos la obligación queda privada de causa en el sentido tradicional del término. Se exige como recaudo de validez de la cláusula el que no "destruya la esencia del contrato" (32). Es lo que los autores del Common Law denominan "fundamental breach". Por ej., es nula la cláusula por la cual el comprador libera al vendedor de su obligación de entregar la cosa cierta.

Esta es la razón por la cual la jurisprudencia argentina declara, en forma reiterada, la nulidad de la cláusula exoneratoria total en el contrato de depósito. (33)

No obstante, si se trata de una cláusula limitativa, es válida cuando tiene por causa alguna ventaja patrimonial para el acreedor. Por ej., una disminución importante en el precio.

En las Jornadas de Responsabilidad Civil en homenaje al Dr. Brebbia, un grupo de juristas, a quienes adhiero, suscribió una recomendación ampliatoria que decía: "La validez de la cláusula limitativa en los contratos discrecionales supone la existencia de una contrapartida económica que justifique la renuncia que ella implica" (34).

XII. Alcances de la nulidad

Dado que en la mayoría de los casos, la nulidad se declara por estar comprometido el orden público, la moral, las buenas costumbres, el vínculo contractual mismo, la nulidad es *absoluta* y por eso, si es manifiesta, podrá ser declarada de oficio por el tribunal (35).

Normalmente la nulidad es *parcial*; afecta a la cláusula pero no al acto; es que la solución contraria, es decir la invalidez de todo el negocio jurídico, genera en la mayoría de los casos el efecto que se trata de evitar, desvinculando al deudor de la obligación contraída.

(31) Cám. Nac. Civ sala E 30/10/1985 "Arce Hugo c/ Los Lagartos Country Club" ED 117-561, L.L. 1986-B-100 ó JA 1986-IV-349.

(32) GYULA, Ersi, La Validez de las cláusulas excluyentes o limitativas de la responsabilidad, trabajo reseñado por Ana María M. de Aguinis, en Rev. de Derech Comparado, Bs. As., ed Zavallá, 1979, Nº 3 pág. 174.

(33) Ver jurisprudencia citada por POZO, Fernando, Acerca de la dispensa de culpa por incumplimiento contractual, en R.D.C.O. año 21, pág. 976.

(34) La ampliación fue suscripta por los Dres. Borda, Messina de Estrella Gutierrez, Boulin y Parellada.

(35) Ver VINEY, G., op. cit. N 216

Las Jornadas en homenaje al Dr. Brebbia recomendaron por unanimidad: "La nulidad que pueda corresponder será parcial y circunscripta a la cláusula limitativa, salvo que estén afectados elementos esenciales del contrato o la obligación sea indivisible". En suma, se trata de la aplicación de los principios generales de la nulidad parcial (art. 1039 del Código Civil argentino).

XIII. Requisitos o presupuestos de la validez de la cláusula

El pacto no debe traspasar ninguno de los valladares mencionados, pero además, su validez depende del cumplimiento de ciertos recaudos sustanciales, entre los cuales es fundamental el *consentimiento del perjudicado*.

En abstracto, las posibles posiciones que se pueden asumir frente a este requisito son las siguientes:

1) Es suficiente que el acreedor haya tenido posibilidad de conocer la limitación o exclusión de responsabilidad.

2) Debe haberla conocido efectivamente.

3) No basta el conocimiento sino que es necesaria la *aceptación*. Este es el criterio consagrado por la Corte de Casación francesa (36), tribunal que ha efectuado otras precisiones sobre casos que presentan alguna excepcionalidad.

Así, por ejemplo, ha dicho que si se trata de cláusulas contenidas en tarifas oficiales homologadas por decretos, en principio, no cabe invocar su desconocimiento, por aquello de que el derecho se presume conocido.

Tratándose de documentos privados, la jurisprudencia francesa distingue entre cláusulas firmadas y no firmadas. Las segundas son inoponibles (por ej., declaraciones unilaterales que surgen de carteles colocados en el establecimiento o en tickets entregados al cocontratante). Las primeras sí lo son, pero aún así, el cocontratante puede acreditar que se trata de una cláusula a la cual no ha prestado consentimiento, dada las especiales circunstancias (por ej., figuraba en una letra ilegible o redactada de forma ambigua, etc.).

A esta altura del razonamiento, es necesario ingresar al análisis de si debe o no distinguirse según que la cláusula aparezca o no en *contratos de adhesión o con cláusulas generales predispuestas*.

Según un importante sector de la doctrina, las cláusulas de limitación en este tipo de contratos son, en principio, inválidas, salvo que el predisponente

(36) ver VINEY, G., *op cit.* Nº 222. Conf. con el recaudo, DE AGUIAR DIAS, José, *op. cit.* pág 20.

demuestre que su inclusión fue producto de la libertad negocial de los contratantes y en tanto y en cuanto se hayan observado los mismos principios que condicionan la validez de dichas cláusulas en los contratos discrecionales (37).

En esta tendencia dice el art. 1157 del proyecto de la unificación de la legislación civil y comercial: "En los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que referencia condiciones generales, que la otra parte estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas: 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica; 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito".

El Código del Perú dispone: "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad..."

Merece alguna observación la referencia a la aprobación administrativa:

a) Esta mención se vincula, obviamente, al régimen general que establecen los arts. 1391/1397; esta regulación adhiere, en alguna medida, a la posición doctrinal que da contenido "normativo" a las cláusulas generales de la contratación, pues no sólo dispone que si fueron aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas, salvo convenio expreso en contrario, sino que las no aprobadas administrativamente se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria; además, se presume que la contraparte las ha conocido cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

b) Por mi parte, participo de la tesis "contractualista" defendida magistralmente por DE CASTRO Y BRAVO (38). Desde la magistratura he tenido opor-

(37) Ver ponencia de los Dres. Pizarro y Vallespinos y de los Dres. Carranza, de Souza y Mola en las Jornadas de Responsabilidad civil en homenaje al Dr. Brebbia, *op. cit.* págs. 38 y ss. y en JA 1987-I-802.

(38) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes, Madrid, ed. Civitas, 1965, págs. 24 y ss; conf. GARCÍA AMIGO, Manuel, Condiciones generales de los contratos, Madrid, ed Rv. de D. Privado, 1969

tunidad de afirmar que "la aprobación administrativa sólo significa que el órgano de control no tiene nada que oponer a las condiciones generales del contrato por adhesión, pero no supone elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por una empresa, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales imperativas que la contradigan" (39).

c) En consecuencia, entiendo que no se puede hacer un simple razonamiento a contrario de lo dispuesto por el art. 1397 del Código peruano. El hecho de que las cláusulas limitativas figuren en contratos aprobados por la autoridad administrativa no significa que ellas son válidas si sobrepasan los límites explicados a lo largo de esta exposición.

XIV. Interpretación y prueba de la cláusula

Las cláusulas limitativas y exonerativas presuponen una *renuncia*; por eso, aún cuando sea válida, es de interpretación *restrictiva* (despacho unánime de la Comisión Nº 1 de las Jornadas de Responsabilidad civil en homenaje al Dr. Brebbia).

La prueba de la cláusula limitativa, como de cualquier hecho extintivo o parcialmente extintivo de la obligación, corresponde al deudor (despacho unánime en las mismas Jornadas).

(39) S.C.Mza sala I 24/5/1988 LL 1988-E-15 comentado por STIGLITZ, Rubén y Saúl, Contrato con cláusulas predispuestas: su naturaleza contractual, en L.L. 1988-E-15.