

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

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

Karen Sophia Lobato Castro

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 19 de noviembre de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Karen Sophia Lobato Castro

Código: 00201579

Cédula de identidad: 1727242016

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de QuitoUSFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>

**CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD: ANÁLISIS DE SU VALIDEZ EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹**

***RESTRICTIVE LIABILITY CLAUSES: ANALYSIS OF THEIR VALIDITY IN THE ECUADORIAN
LEGAL SYSTEM***

Karen Sophia Lobato Castro²
sophilobato@gmail.com

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Daños, indemnización, cláusulas de limitación de la responsabilidad, renuncia a la acción.

ABSTRACT

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

KEYWORDS

Damages, indemnity, limitation of liability clauses, waiver of action.

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021.

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Esteban Jaramillo Troya.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO TEÓRICO Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- 5. PRINCIPIOS RELEVANTES A LA DISCUSIÓN.- 6. TIPOLOGÍA DE CLÁUSULAS RESTRINGIDAS.- 6.1 CLÁUSULAS EXONERATIVAS Y LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD: UN TRATAMIENTO INTEGRAL.- 7. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y A LAS CLÁUSULAS RESTRINGIDAS DE RESPONSABILIDAD.- 8. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRINGIDAS DE RESPONSABILIDAD ¿EXISTE UNA RENUNCIA AL DERECHO DE ACCIÓN?.- 9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Introducción

La globalización y el avance de las relaciones comerciales permitieron el desarrollo de diversos negocios jurídicos con el objetivo de maximizar los beneficios en la contratación. Para que ello fuese posible, fue preciso crear contratos flexibles, abiertos, imaginativos y sistemáticos. De esa manera, la eficiencia dentro de un mercado puede ser alcanzada³.

Uno de los avances que trajeron consigo las relaciones comerciales son las cláusulas restrictivas de responsabilidad, entendiéndose aquellas como los “[...] negocios jurídicos que consisten en la exclusión voluntaria de la aplicación de las normas que imponen la responsabilidad civil”⁴. A través de ellas, las partes pueden limitar o exonerar la responsabilidad del deudor frente a distintos supuestos y reducir el riesgo de contratación para facilitar el desarrollo de negocios jurídicos de una forma más eficiente.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad⁵ han sido estudiadas y tratadas con detalle en varios ordenamientos jurídicos como aquellos de Francia, Italia y Colombia. A pesar de su importancia, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha analizado la figura en su integralidad. Es probable que este vacío se deba a que la legislación ecuatoriana no contempla una regulación clara de las mismas. Por el contrario, las pocas referencias incluidas en la normativa son vagas y no establecen un tratamiento adecuado.

³ Cristina Doddi, *Cláusulas de restricción de responsabilidad contractual* (Buenos Aires: LexisNexis, 2005), 157.

⁴ Natalia Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil” (tesis doctoral, Universidad de Coruña, 1997), 535, <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/18211> (último acceso: 24/10/2021).

⁵ Se utilizará el término cláusulas restrictivas y de irresponsabilidad como sinónimo para englobar a aquellas cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad.

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

Dentro de este contexto doctrinal, el presente trabajo busca responder a la pregunta: ¿son válidas las cláusulas restrictivas de responsabilidad? El problema jurídico materia de este trabajo ha generado grandes discusiones y complejidades, principalmente para quienes realizan contrataciones masivas y buscan desligarse de las altas cuantías que implica un proceso judicial por daños en materia contractual⁶.

Antes de iniciar el análisis, es fundamental establecer que el tema de la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, se centra en las relaciones contractuales fuera del ámbito de consumo, puesto que en dicha materia existe una disposición en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, LODC. Dicho cuerpo legal prescribe la nulidad de las referidas estipulaciones y enfatiza en su carácter abusivo.

Adicionalmente, es necesario precisar que el trabajo aborda los límites sobre los cuales recaen las cláusulas restrictivas de responsabilidad, para permitir un estudio sobre cómo su validez se subsume dentro de los lineamientos establecidos por la propia ley, el orden público y los límites especiales.

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

El trabajo utilizará la metodología deductiva, pues se abordará el problema jurídico desde los criterios generales que delimitan la tipología de las cláusulas y sus limitaciones, para finalmente, abordar la pregunta de investigación sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Para establecer los fundamentos de validez sobre el tema de análisis, se empleará la metodología doctrinaria, debido a que la doctrina

⁶ En el derecho de consumo, estas cláusulas son denominadas ‘abusivas’ y se pactan dentro de los contratos de adhesión.

ha esgrimido dos tesis sobre el problema planteado, que delimitan el alcance de este trabajo.

2. Marco normativo en materia de cláusulas restrictivas

Este trabajo se enfocará en determinar la validez de las cláusulas en las relaciones contractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible renuncia al derecho de acción, sobre la base de la doctrina, jurisprudencia e instrumentos internacionales que desarrollan el tema expuesto⁷.

La Constitución del Ecuador contempla el principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual⁸. Se puede determinar, entonces, que los contratantes son libres de pactar las cláusulas que consideren más convenientes para cumplir con sus expectativas contractuales. Por ello, se analizará este principio gobernador en materia contractual civil y sus limitaciones con respecto a la validez de las cláusulas restrictivas en dichos contratos.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce de forma superficial algunas referencias a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, sin establecer un régimen concreto para su tratamiento. En materia de consumo, por ejemplo, el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, LODC prescribe la sanción de nulidad –de pleno derecho– para aquellas cláusulas que eximan, limiten o atenúen la responsabilidad y las categoriza como abusivas⁹. Por el contrario, dentro del área civil y en lo que atañe a relaciones entre partes iguales, no existe prohibición alguna para pactar cláusulas de este tipo.

Al respecto, el artículo 1561 del Código Civil, materializa el principio de autonomía de la voluntad en la libertad contractual¹⁰. Asimismo, el artículo 1563, que contempla las gradaciones de culpa en materia contractual, señala que aquellas disposiciones aplican, sin perjuicio de lo que la ley y las partes hayan pactado¹¹. En este sentido, en principio, se puede determinar que la autonomía de la voluntad y el principio de la responsabilidad están sujetos a modificaciones.

⁷ El trabajo no abordará las cláusulas penales u otro tipo de cláusulas que están fuera del objeto del planteamiento del problema jurídico. La cláusula penal aumenta la indemnización o la sustituye, mientras que, la cláusula restrictiva de responsabilidad la reduce o suprime.

⁸ Artículo 66.16, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁹ Artículo 43, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, [LODC], R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

¹⁰ Artículo 1561, Código Civil, [CC], R.O. Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹¹ Artículo 1563, CC.

No obstante, es fundamental establecer, que si bien el principio de libertad contractual es necesario, tiene sus límites en la ley, la moral y las buenas costumbres¹², y, en definitiva, el orden público. Sobre esos límites establecidos y, precisamente en materia contractual el artículo 1481 del Código Civil establece que no vale la condonación del dolo futuro¹³. Es por esto que es preciso determinar si es que las cláusulas restrictivas de responsabilidad, se enmarcan dentro de este supuesto, para establecer su validez.

En este orden de ideas, se hace referencia al artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que prescribe que la doctrina y jurisprudencia tienen facultades para interpretar y delimitar el ordenamiento jurídico¹⁴. Por ello, se utilizarán los criterios doctrinarios y jurisprudenciales para realizar el presente análisis.

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

3. Estado del arte

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad han sido estudiadas y analizadas por la doctrina. Sin embargo, en el Ecuador no se ha hecho referencia al tema de estudio; por ello, a continuación, se recogen posturas de autores relevantes que han discutido el tema. José Manuel Gual las define como aquellos pactos por los que las partes restringen las condiciones o efectos de la responsabilidad¹⁵. Es en razón de la autonomía de la voluntad, que las partes podrían condicionar su responsabilidad, para establecer estipulaciones que se adecúen a su modelo contractual.

Asimismo, Mazeaud considera que los sujetos, al amparo de la libertad contractual, pueden contemplar cláusulas de extensión, atenuación y exoneración para regular su responsabilidad¹⁶. Las cláusulas restrictivas no solo exoneran al deudor de su

¹² Artículo 1477, CC.

¹³ Artículo 1481, CC.

¹⁴ Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R.O. Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

¹⁵ José Manuel Gual, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad un acercamiento a sus principales problemáticas”, en *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*, dir. A. Echeverry y coord. J. Gual y J. Acosta (Bogotá: Ibañez, 2013), 285.

¹⁶ Henry Mazeaud, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Buenos Aires: Ejea, 1963), 7-9.

cumplimiento, sino, pueden modular su responsabilidad y de considerarlo conveniente, extenderla en ciertos casos.

En esta línea de ideas, María Bernal Fandiño, establece que la razón de ser de las cláusulas restrictivas es distribuir el riesgo en la contratación¹⁷. Por ello, la finalidad de las cláusulas de irresponsabilidad es permitir a las partes pactar las condiciones necesarias para realizar sus transacciones, de la manera y forma que consideren conveniente, para coadyuvar a la eficiencia del contrato.

Por otro lado, Manuel García engloba a las cláusulas restrictivas de responsabilidad bajo el concepto de cláusulas limitativas. Considera que al hablar de la limitación, se entiende la exoneración y disminución de responsabilidad. Así, establece que el término limitación es “[...] el más expresivo y único capaz de comprender significativamente todas las situaciones que se aluden a restringir la responsabilidad contractual”¹⁸.

Otros autores como Barros Bourie, reconocen que aquello que resulta ilícito y, en consecuencia, da lugar a un daño indemnizable, puede ser alterado en virtud de las autorizaciones contractuales que contienen cláusulas de irresponsabilidad¹⁹. En virtud de las estipulaciones que realizan las partes sobre la responsabilidad, se puede limitar el cumplimiento de determinadas obligaciones.

4. Marco teórico y planteamiento de la cuestión

El derecho de daños, cuyo fundamento es la reparación de la víctima, se ha desarrollado tanto dentro del ámbito contractual como del extracontractual²⁰. En materia extracontractual, la responsabilidad nace de diversas fuentes como el delito y el cuasidelito. En materia contractual, por el contrario, la responsabilidad nace del incumplimiento de la obligación contenida en el contrato.

En consecuencia, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, se configura el principio de reparación integral del daño. Ello no ha obstado para que la jurisprudencia y doctrina hayan establecido que este no es absoluto. En este sentido, las

¹⁷ María Bernal Fandiño, “Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad”, *Anuario de Derecho Privado* 1 (2019), 195.

¹⁸ Manuel García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual* (Madrid: Tecnos, 1965), 87.

¹⁹ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 1997.

²⁰ Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 216.

cláusulas restrictivas de responsabilidad son una limitación al principio de la reparación integral y, sobre su validez, se han desarrollado dos tesis.

4.1 Tesis sobre la invalidez de las cláusulas restrictivas

Esta tesis rechaza la validez de las cláusulas bajo el argumento de que existe negligencia para con el acreedor, puesto que, a través de estas cláusulas, se exime o se limita la responsabilidad del deudor de reparar los daños causados en el cumplimiento de su obligación²¹.

Autores como Barros Bourie, afirman que no puede hablarse de un contrato, si el deudor está facultado para su incumplimiento, en razón de que entonces sus obligaciones estarían determinadas por su mera voluntad²². Es trascendental, en ese sentido, diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que tienen incidencia sobre el objeto, como las entregadas a la sola voluntad del deudor, que serán analizadas a lo largo del trabajo²³.

Las objeciones a las estipulaciones de responsabilidad han tomado fuerza en materias con regímenes especiales, donde una de las partes contractuales está en posición de desventaja con respecto a la otra, ya sea por factores de información o poder²⁴. Sin embargo, existe una problemática en la aplicación de estos límites en materias especiales, debido a que se ha vuelto complicado diferenciar entre aquellas cláusulas que atacan a las obligaciones del contrato, de las cláusulas restrictivas que surgen de la patología por incumplimiento imputable al deudor²⁵.

Algunos autores enfatizan en la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando existe una exoneración para el deudor²⁶. En este contexto, el argumento se centra en que este tipo de cláusula equivale a la renuncia al derecho de acción para el acreedor frente al incumplimiento.

4.2 Tesis sobre la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad

Esta postura considera que en función del principio de la autonomía de la voluntad²⁷, las partes pueden pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad en sus

²¹ Joel González Castillo, “Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites”, *Revista Chilena de Derecho* 38 (2011), 91.

²² Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 1097.

²³ La postura de validez establecerá que las cláusulas restrictivas serán eficaces únicamente si no se elimina la obligación esencial materia del contrato, tema que por su complejidad se analizará más adelante.

²⁴ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 233.

²⁵ Indira Díaz Lindao, “Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos”, *Revista de Derecho Privado* 23 (2012), 183.

²⁶ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 183.

²⁷ José Manuel Gual, “Cláusulas restrictivas de responsabilidad”, 278.

relaciones contractuales. A continuación, se revisará los criterios expuestos por la doctrina.

La expresión de la autonomía privada se traduce en la posibilidad de contemplar las disposiciones que las partes requieran para sus vínculos contractuales. Así, Abeliuk y Somarriva las consideran válidas, de conformidad con el precepto del artículo referente a la culpa del deudor –artículo 1563 en la legislación ecuatoriana– que en su inciso final, permite la alteración o adecuación de la responsabilidad por la convención entre las partes²⁸.

Los criterios que se toman en cuenta para dotar de validez a las cláusulas de responsabilidad, también tienen incidencia en el ámbito económico, pues distintos ordenamientos de la Comunidad Europea permiten su inclusión en los negocios jurídicos, recordando que, si bien en principio son válidas, esa validez está subordinada a los límites de la libertad contractual²⁹.

En esta línea de ideas, José Gual establece que, por medio de las cláusulas restrictivas de responsabilidad, las empresas pueden ser más competitivas y reducir la responsabilidad o riesgo que sin emplearlas podría ser más gravoso. Incluso, menciona que ellas permiten el crecimiento del sector financiero³⁰; lo que coadyuva a que las empresas se inserten en la globalización y garanticen su eficiencia.

Además, el autor reconoce que si existen cláusulas limitativas de responsabilidad que establezcan *plafonds*³¹, los procesos judiciales se desarrollarían con celeridad, en razón de que, gracias a ellas, el juez no deberá emplear un tiempo excesivo en la cuantificación del daño.

De las posturas expuestas, se evidencia que la tesis de validez le otorga fundamental importancia al principio de la libertad contractual. Confirma tal punto de vista la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de las altas cortes de Colombia. Las mismas establecen que las cláusulas de irresponsabilidad son válidas mientras no sobrepasen los límites que establece la ley, el orden público y los regímenes especiales³².

²⁸ René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 851.

²⁹ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 130.

³⁰ José Gual Acosta, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría, equilibrio y abusividad* (Bogotá: Jus Privado, 2015), 36.

³¹ Los *plafonds* son techos indemnizatorios que sirven para limitar el monto a indemnizarse, se encasillan dentro de las cláusulas limitativas de responsabilidad. *Ibíd.*

³² Ver, José Manuel Gual Acosta, *Cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad civil* (Bogotá: Ibañez, 2012), 48.

La postura contraria es renuente a la validez de estas cláusulas por considerar que a través de ellas se impulsa la negligencia del deudor y que al pactar cláusulas exonerativas el cumplimiento de la obligación se sujeta a una expresión de la mera voluntad del deudor. Sin embargo, este punto de vista es criticable, la diferencia es sustancial cuando se trata de obligaciones esenciales y otras que recaen sobre obligaciones accesorias³³. Tal posición es aceptable tan solo en la medida en que se centre en las relaciones asimétricas³⁴, donde existe un riesgo para la parte débil, como es el caso de las relaciones de consumo³⁵.

En este orden de ideas, una vez analizadas las posturas referentes al tema en discusión, se estudiará las diferentes posiciones doctrinarias con la finalidad de sugerir un régimen que puede ser aplicable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. La segunda postura se adecúa al principio gobernador en materia civil: la autonomía de la voluntad y libertad negocial.

Por ello, para dar respuesta a la interrogante planteada, se armonizará esta postura sobre la base de la experiencia del derecho comparativo y la jurisprudencia en la materia, y anticipando que la validez de las cláusulas restrictivas se considera la posición más acertada.

5. Principios relevantes a la discusión

5.1 Autonomía de la voluntad como fundamento de validez de las cláusulas de irresponsabilidad

La autonomía de la voluntad es el principio rector que gobierna el desarrollo y la evolución de los negocios jurídicos; a través de ella los sujetos gozan de la potestad para definir y reglar sus intereses y, a su vez, lograr sus objetivos dentro del mundo jurídico³⁶. Por medio de este mecanismo, las personas pueden crear relaciones jurídicas con las estipulaciones y contenidos, dentro del marco normativo, de tal forma que se garantice el equilibrio entre las partes³⁷.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el principio de la autonomía de la voluntad se materializa en la libertad contractual, conforme lo establece el artículo 1561

³³ María Candelaria Domínguez, *Curso de Derecho Civil III – Obligaciones* (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 294.

³⁴ Se analizará en la sección 7.3 el ordenamiento jurídico ecuatoriano en este sentido.

³⁵ Ver, Joel González Castillo, “Las cláusulas limitativas, exagerativas o agravantes”, 99.

³⁶ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos, 2021), 93.

³⁷ Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 95.

del Código Civil que prescribe “[t]odo contrato celebrado es ley para los contratantes [...]” o *pacta sunt servanda*³⁸. Esa libertad se resume en dos principios: (i). libertad de conclusión y (ii). libertad de configuración interna³⁹.

A través de la libertad de conclusión, las partes pueden contratar libremente con los sujetos que deseen, para que realicen las convenciones necesarias a sus objetivos, y, consecuentemente, nadie podrá ser obligado a celebrar contratos ni realizarlos con personas previamente establecidas, sino con quienes consideren adecuado⁴⁰.

Por otro lado, la libertad de configuración interna es el principio necesario que permite a las partes establecer los tipos contractuales previstos por la ley –contratos típicos– o en su defecto, combinar elementos distintos y crear figuras no contempladas en el sistema jurídico –contratos atípicos–⁴¹. De manera que, a través de ellos, se pacten las cláusulas que mejor equilibren los intereses contrapuestos de los sujetos intervinientes en la relación contractual.

Cabe recalcar que, si bien este principio y elemento es esencial para la formación del contrato y su nacimiento a la vida jurídica, no es absoluto en sí mismo. Se encuentra, por el contrario, temperado por límites establecidos por la ley, el orden público, la moral y buenas costumbres, que delimitan la libertad contractual con la finalidad de que prevalezcan aquellas estipulaciones que, de acuerdo con el ordenamiento, sean válidas⁴². Otros límites a este principio buscan el equilibrio contractual sobre la base de la buena fe y garantizan que los contratantes se miren como partes iguales. A manera de ejemplo, se contemplan las prohibiciones de ciertas cláusulas en materia de consumo.

En esta línea de ideas, la autonomía de la voluntad es el fundamento por el cual, en principio, los contratantes podrían pactar las cláusulas restrictivas de responsabilidad⁴³. El génesis de estas cláusulas ha generado debates entre los doctrinarios, pues hay quienes establecen que las cláusulas restrictivas disminuyen la diligencia del deudor en el cumplimiento del objeto contractual. Quienes, por el contrario,

³⁸ Artículo 1561, CC. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que la libertad de contratación es aquel derecho que “[...] permite a las personas suscribir contratos para poder realizar actividades económicas y productivas”. Causa No. 24-18-IN/21, Corte Constitucional, 22 de septiembre de 2021, párr. 40-42.

³⁹ Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 106.

⁴⁰ *Ibíd.* 106.

⁴¹ *Ibíd.* 109.

⁴² Los límites a la autonomía de la voluntad y consecuentemente, a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se analizarán en la Sección 7.

⁴³ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 56.

se respaldan en este principio permiten, su incorporación dentro de los contratos y resaltan la validez de dichas estipulaciones.

Se intuye que los límites a la autonomía de la voluntad, aplicarían a las cláusulas de irresponsabilidad. Sin embargo, cabe preguntarse si estos serán los únicos límites aplicables a dichas cláusulas; por el momento, se puede adelantar que la respuesta a esta interrogante es negativa. Si bien, los límites a la autonomía de la voluntad se configuran para alcanzar a las cláusulas restrictivas, los regímenes especiales también se consideran un límite a esta figura.

A lo largo de este trabajo se estudiarán los límites de la libertad contractual respecto a las cláusulas limitativas para arribar al tema que nos ocupa: su validez.

5.2 Reparación integral

El principio de la reparación integral forma parte del sistema general de compensación del daño y rige su indemnización⁴⁴, contenida en el artículo 2214 del Código Civil. En el Ecuador y en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, esta figura goza de protección constitucional y tiene cabida cuando existe una afectación, principalmente, a los derechos fundamentales⁴⁵. En este contexto, el deber de reparar nace como consecuencia de un menoscabo a los derechos y su alcance está determinado por los daños sufridos⁴⁶.

Se ha establecido que la reparación integral tiene limitaciones, entre ellas, la jurisprudencia, la ley y las estipulaciones convencionales. Estas limitaciones no derogan este principio, por el contrario, son enteramente compatibles con su reconocimiento⁴⁷.

A manera de ejemplo, la ley contempla *plafonds* que constituyen limitaciones a la reparación integral. Dentro de las indemnizaciones en materia de transporte de mercaderías marítimas, específicamente en el retraso de la entrega, el Código de Comercio establece en su artículo 1006 que, la responsabilidad del transportador se limita “[...] a una suma equivalente a dos veces y medio el flete que deba pagarse por las mercancías pero no excederá de la cuantía total del flete que deba pagarse en virtud del

⁴⁴ Pamela Aguirre y Pablo Alarcón Peña, “El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Foro Revista de Derecho* (2018), 126. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.30.8>.

⁴⁵ Aguirre y Alarcón, “El estándar de la reparación integral”, 124.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Ramón Domínguez Águila, “Los límites al principio de reparación integral”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 15, (2010), 9. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200001>.

respectivo contrato de transporte [...]”⁴⁸. Por ello, en este ámbito se deja de lado la evaluación del daño y, es evidente que existe una limitación al principio en estudio.

Es pertinente considerar una sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en un caso de transporte de mercaderías. La misma estableció que en el supuesto de que no se cumpla la obligación de señalar el valor de la mercancía, el transportador puede ampararse en una cláusula de limitación de la responsabilidad con sus *plafonds*. Sin embargo, dentro de este caso, la parte contratante, a pesar de no haber llenado el formulario declarativo del valor de las mercancías, adjuntó la factura que constataba dicho valor. En consecuencia, no se declaró la validez de la cláusula y se otorgó la indemnización por el valor de la mercadería⁴⁹.

Los límites también pueden ser convencionales. En este orden de ideas, las partes pueden acordar, por ejemplo, los techos máximos para la reparación ante un posible incumplimiento o incluso, exonerar de la reparación al deudor. Estos límites encuentran su fundamento en el auge del comercio y las relaciones contractuales, que conllevan la asunción de riesgos exorbitantes. En tal sentido, las cláusulas restrictivas de responsabilidad constituyen un verdadero límite a la reparación integral, sin oponerse a ella.

En conclusión, se puede observar que el principio de reparación integral no es categórico. Sus limitaciones son de diversa índole y pueden apreciarse en diversos ámbitos de las relaciones jurídicas. Las limitaciones convencionales, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, no vulneran en ninguna forma la reparación integral, sino más bien, establecen disposiciones contractuales que, al disminuir el riesgo, fomentan las iniciativas para la creación de productos, actividad comercial y tráfico internacional⁵⁰.

6. Tipología de cláusulas

6.1 Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad: un tratamiento integral

La amplia gama de cláusulas de irresponsabilidad obliga a definir y encasillar a los tipos de cláusulas restrictivas dentro de sus diversas categorías. El estudio de la tipología de estas cláusulas conlleva al análisis de su funcionalidad, pues es donde se

⁴⁸ Artículo 1006, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019.

⁴⁹ Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, Corte Suprema de Justicia Colombia, Sala de lo Civil y Mercantil, 8 de septiembre de 2011, pág. 107.

⁵⁰ Causa No. 11001-3103-026-2000-04366-01, pág. 107.

encuentra latente el desarrollo y la forma de operar de las figuras en el ámbito contractual⁵¹. En este contexto, el presente trabajo se limitará al análisis de las cláusulas exonerativas y limitativas, es decir de aquellas que atacan a la obligación indemnizatoria *per se*.

La primera función de las cláusulas restrictivas es limitar la responsabilidad del deudor, antes que nazca el incumplimiento y, consecuentemente, permitir a las partes reglamentar sus intereses. Es importante tomar en cuenta que las cláusulas de este tipo se crean antes del nacimiento de la obligación indemnizatoria y, por tanto, se anticipa de esta manera, su diferencia ante una posible renuncia al derecho de acción⁵². Entonces, las figuras en estudio son aquellas que pretenden excluir de forma voluntaria a las normas que regulan la responsabilidad civil en materia contractual⁵³.

Las cláusulas restrictivas son de dos tipos. Las cláusulas exonerativas son aquellas que guardan relación directa con la obligación de resarcir el daño causado e inciden en los criterios de imputación de la responsabilidad⁵⁴. Las limitativas, por otro lado, se refieren al *quantum* indemnizatorio; es decir, al alcance del resarcimiento⁵⁵. Sin embargo, la consideración de estas últimas ha sido objeto de discusión. Una parte de la doctrina, considera que ellas no solo se manifiestan al momento de la evaluación del daño, sino, también a lo largo del periodo de incumplimiento imputable⁵⁶.

Esta diferenciación ha permitido establecer, que en ciertos casos, las cláusulas exonerativas de responsabilidad carecen de eficacia. Algunos autores mencionan que estas figuras constituyen una herramienta para liberar al deudor de su responsabilidad y dejar al acreedor sin ningún tipo de reparación⁵⁷, posición que no se comparte en razón de que, aunque se exonere al deudor de la responsabilidad, quedan otros medios para el ejercicio y cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Ahora bien, en cuanto a ejemplos concretos, las cláusulas que pudieran pactar las partes en virtud de su libertad contractual son infinitas⁵⁸. No obstante, algunos autores han realizado una enumeración, no taxativa, que permite dar luces de qué connotaciones

⁵¹ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 22.

⁵² El debate sobre la existencia de renuncia de las acciones, se desarrollará en la Sección 8.

⁵³ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 125.

⁵⁴ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 149.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 106. La forma de entender las cláusulas de irresponsabilidad será todo pacto en el que el deudor no incurrirá o incurrirá de manera limitada en las sanciones que deriven de su incumplimiento.

⁵⁷ Domínguez, *Curso de Derecho Civil*, 292-294.

⁵⁸ Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 115.

pueden tener las diferentes cláusulas⁵⁹. El siguiente cuadro permite ilustrar algunas de las más utilizadas en la contratación.

Tabla 1: Tipos de cláusulas de irresponsabilidad

Cláusulas exonerativas	Cláusulas limitativas
1. Aquellas que recaen sobre el tipo de daño a resarcir ⁶⁰ .	1. Aquellas que permiten establecer el <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en caso de incumplimiento del contrato o de las obligaciones contractuales.
2. Aquellas que alteran el criterio de imputación subjetivo de responsabilidad, reduciendo el grado de diligencia que asume el deudor.	2. Aquellas que establecen un <i>quantum</i> o <i>plafond</i> para la reparación en alguno de los supuestos descritos en los numerales 1, 4 y 5 de las cláusulas exonerativas.
3. Aquellas que alteran el criterio de imputación objetivo de responsabilidad.	3. Aquellas que determinan una modalidad específica para la reparación.
4. Aquellas que eximen la responsabilidad del deudor cuando existe retardo en el cumplimiento de sus obligaciones.	
5. Aquellas que eximen de responsabilidad al deudor en situaciones específicas.	

Fuente: elaboración propia a partir de Indira Díaz Lindao⁶¹

Del cuadro anterior se evidencia que existen diferencias sustanciales que pueden destacarse entre las cláusulas de irresponsabilidad. Por un lado, las cláusulas exonerativas tienen mayor incidencia en la obligación de resarcir el daño ocasionado y las limitativas, por lo general, tienen relación con el *quantum* resarcitorio⁶². En este contexto, se reconoce que, evidentemente, las cláusulas exonerativas son más gravosas para el principio de reparación integral del daño, como se mencionó anteriormente.

Así, dentro de un contrato de compraventa se podría pactar que el vendedor no responde por los vicios ocultos de la cosa vendida⁶³. Esta cláusula de irresponsabilidad

⁵⁹ Otros autores han clasificado las cláusulas restrictivas en directas e indirectas. Las directas son aquellas establecidas por las partes en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones. Las indirectas son aquellas que excluyen de forma tácita la operatividad de las reglas comunes de responsabilidad. Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 118-121.

⁶⁰ Por ejemplo: daño emergente o lucro cesante.

⁶¹ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 150.

⁶² Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 102.

⁶³ Ver, José Bonivento Fernández, *Los principales contratos civiles y mercantiles*, (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2017), 144.

será válida en virtud de la voluntad de las partes y porque la ley permite esta renuncia. Sin embargo, su nulidad podría estar supeditada al conocimiento previo del deudor sobre el vicio de la cosa o al hecho de que se pactase la cláusula con dolo o culpa grave⁶⁴. La presente cláusula se encasilla en las limitativas de responsabilidad, pues el deudor no responde únicamente por la figura de vicios ocultos, dejando a salvo los otros derechos del comprador.

En los distintos instrumentos de carácter internacional que contemplan el tema, se concede un mismo tratamiento tanto a las cláusulas exonerativas como a las limitativas, los cuales buscan una uniformización del derecho de los contratos y las obligaciones que se desprenden de ellos⁶⁵. En este contexto, los principios *UNIDROIT*, que parten de la premisa de la libertad contractual, establecen en su artículo 7.1.6 un régimen sobre ‘cláusulas de exoneración’⁶⁶.

La importancia de que los principios *UNIDROIT* contemplen la regulación de las cláusulas exonerativas brinda luces sobre el tratamiento equivalente a las cláusulas de irresponsabilidad. Así, dicho instrumento contempla los principios generales aplicables a las cláusulas limitativas y exonerativas de responsabilidad bajo un mismo título. De igual forma, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, PDEC, en su artículo 8:109 alinean en conjunto en el mismo epígrafe el régimen de validez de ambos tipos de cláusulas. Finalmente, el Código Europeo de Contratos, CEC, otorga el mismo tratamiento a las figuras⁶⁷.

Estos instrumentos internacionales denotan la trascendencia de contemplar las cláusulas en el régimen jurídico y al establecer disposiciones guía para su uso contractual revisten de validez a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

6.2 Cláusulas de irresponsabilidad sobre las obligaciones contractuales

Tal como se ha explicado anteriormente, es importante establecer las diferencias entre las cláusulas de irresponsabilidad respecto de aquellas que, por el contrario, afectan a la obligación *per se*. Indira Díaz se refiere a las primeras como aquellas que actúan sucesivamente a la definición de las obligaciones⁶⁸. Ello implica que las cláusulas

⁶⁴ Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 350.

⁶⁵ *Ibíd.* 646.

⁶⁶ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit* (Roma: 2016) <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf> (último acceso: 24/10/ 2021).

⁶⁷ Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 654.

⁶⁸ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 183.

restrictivas actúan al momento de la imputabilidad de su cumplimiento⁶⁹. Es preciso mencionar que si no existe una obligación previamente pactada, no puede hablarse de una cláusula exonerativa o limitativa.

Por otro lado, las cláusulas que se refieren a la obligación esencial tienen incidencia en el cumplimiento de aquello a lo que el deudor se ha obligado en virtud del contrato. Algunos autores consideran que no es viable pactar una cláusula que pueda eximir al deudor de su obligación principal⁷⁰. La jurisprudencia establece que la causa del contrato y su finalidad son los límites de las cláusulas exonerativas⁷¹. Asimismo, en virtud del equilibrio contractual, pactar este tipo de cláusula conllevaría a poder burlar cualquier intención seria de obligación y afectaría la validez de una convención.

La diferencia entre ellas es necesaria para esclarecer el régimen de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Por un lado, está la autonomía de la voluntad de las partes que no puede interferir con el serio cumplimiento de la obligación y por otro, se encuentra la interrogante de la validez de las cláusulas exonerativas halladas dentro de la patología, una vez producido el incumplimiento de la obligación⁷².

La jurisprudencia de distintos países se ha pronunciado para buscar diferenciar las cláusulas de irresponsabilidad de aquellas que recaen sobre la obligación esencial⁷³. A pesar de que la línea se torne casi imperceptible dentro de la diferenciación de dichas cláusulas, se ha logrado establecer parámetros que permiten juzgarlas con apropiado discernimiento. Este análisis se evidencia en el caso *Chronopost*, que sentó las bases para la jurisprudencia francesa de aquella validez sobre las cláusulas de irresponsabilidad y su estudio en una doble línea sobre la obligación principal⁷⁴.

El caso hace referencia a un contrato de transporte de correo que ofrecía la Sociedad *Chronopost*. Su obligación consistía en entregar un documento dentro de un término específicamente señalado dentro del contrato –entrega que no se produjo de conformidad al mismo–. El contrato incluía también una cláusula a través de la cual, en

⁶⁹ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 183.

⁷⁰ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 34.

⁷¹ *Ibíd.* 32.

⁷² Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 183.

⁷³ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

⁷⁴ Posteriormente, se emitió la sentencia del Caso EDF, en el que la empresa de electricidad se excepcionó del *quantum* indemnizatorio por los daños en los equipos de una empresa, debido a una cláusula limitativa en el contrato. La Corte de Apelación estableció que al tratarse de una cláusula que no se refiere a cualquier tipo de incumplimiento, sino a uno en específico, es válida. Thomas Genicon, “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 13 (2009), 123-125.

caso de incumplimiento, se respondería únicamente con el precio del envío, es decir, se estableció un *plafond* por el incumplimiento de la obligación⁷⁵.

La Corte de Casación de Francia señaló que la naturaleza del contrato de transporte tiene como propósito intrínseco el garantizar la celeridad y fiabilidad del servicio. De existir un plazo para su cumplimiento, la cláusula que limitaba la responsabilidad sobre la obligación esencial debía reputarse como no escrita⁷⁶. El argumento utilizado por la Corte se fundamentó en la ausencia de causa.

A pesar de que este razonamiento brinda luces para diferenciar las cláusulas en estudio; es importante mencionar que, al momento de la emisión del fallo mencionado, el mismo fue objeto de numerosas críticas. Tales puntos de vista señalaban que, por medio de esta sentencia se declaraba casi totalmente la invalidez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad. Entre dichos argumentos se alega la imprecisión sobre la definición de obligación esencial⁷⁷.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia de Colombia analizó un contrato de servicios de lavado de vehículos, en el que existía una cláusula que obligaba al proveedor únicamente a la prestación del servicio, liberándolo de la custodia del bien. La Corte señaló que, a partir de un análisis sobre el objeto del contrato se puede constatar que en todo servicio que requiera la entrega de un bien implica, necesaria e indispensablemente, la obligación de cuidado de ese bien⁷⁸. Así, esta cláusula recae sobre la obligación esencial.

Por otro lado, estimó a través de un segundo análisis, que la cláusula exonerativa de responsabilidad sería inválida por existir dolo, en razón de que el deudor se exime por intermedio de dicha cláusula, de la obligación esencial que es propia de la naturaleza de ese contrato⁷⁹.

Al respecto, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es interesante considerar el contrato de seguro. Este permite pactar cláusulas delimitativas que describen, especifican e individualizan el riesgo que será objeto de cobertura⁸⁰. Evidentemente, este contrato incluye estipulaciones que tienen una incidencia directa sobre su objeto contractual, pues las partes lo celebran por su aversión al riesgo. Al mismo

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

⁷⁶ *Ibíd.* 125.

⁷⁷ *Ibíd.* 31.

⁷⁸ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 187.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ Abel Veiga Copo, “Sobre el seguro de responsabilidad civil”, en *Derecho de Daños 2013*, dir. M. Herrador (Pamplona: Thomson Reuters. 2013), 710.

tiempo, la aseguradora tiene la obligación de delimitar las obligaciones y, consecuentemente, establecer los riesgos que serán cubiertos dentro del mismo⁸¹.

Sobre este contrato ha existido un debate en relación al tipo de cláusulas que deben pactarse para que cumpla con su finalidad. La jurisprudencia y la doctrina han establecido que, dentro del contrato de seguro, es posible pactar cláusulas delimitadoras respecto de su objeto mismo, en razón de que los riesgos son diversos y de diferente índole⁸². De esta manera, aquellas cláusulas escapan al tamiz de validez al que están sometidas las cláusulas limitativas y se permite aquellas que versan sobre la obligación principal.

Cabe recalcar que en algunos regímenes jurídicos como Alemania, Inglaterra y Estados Unidos, se ha superado el debate de las cláusulas que versan sobre la obligación esencial. Por ello, se permite que las partes estipulen cláusulas de irresponsabilidad, únicamente con la limitación de que estas no contraríen el principio de la buena fe contractual y que en dicha cláusula exista un equilibrio entre las partes⁸³. De esta manera, se indica que no tiene sentido prohibir la estipulación de cláusulas de responsabilidad sobre el incumplimiento de obligaciones esenciales.

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

Si bien la diferencia entre las cláusulas puede ser relativamente simple de observar dentro de la teoría, determinar esta diferencia en la práctica no es trabajo fácil. Resulta indispensable, en consecuencia, que la jurisprudencia aplique un control de validez único, que permita examinar los límites frente a cada caso concreto, pues las partes podrían redactar las cláusulas de una manera tal que no sería factible diferenciar entre unas y otras⁸⁴.

En el sistema jurídico ecuatoriano, ya existe un régimen especial para los consumidores, el cual prohíbe las cláusulas eximentes, restrictivas o limitativas de responsabilidad y se refieren a ellas como ‘cláusulas abusivas’ en los contratos de

⁸¹ Veiga, “Sobre el seguro de responsabilidad civil”, 688.

⁸² Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 148.

⁸³ Gual, *Cláusulas de irresponsabilidad. Entre asimetría*, 33.

⁸⁴ Gual, *Cláusulas de exoneración y limitación*, 150.

adhesión⁸⁵. Por ello, a continuación se estudiarán los límites generales a las cláusulas restrictivas de responsabilidad para, posteriormente, llegar a los límites especiales: las relaciones de consumo.

7. Límites a la autonomía de la voluntad y a las cláusulas restrictivas de responsabilidad

7.1 Orden público

La autonomía de la voluntad y consecuentemente la libertad contractual no son facultades absolutas. Los límites generales a estos principios, se encuentran establecidos en los artículos 1561 y 1477 del Código Civil, delimitaciones que guían a la autonomía privada, para que en virtud de los negocios jurídicos celebrados, se garantice la protección y no vulneración de la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres⁸⁶.

En primer lugar, el orden público contempla aquellas cláusulas generales que regulan y otorgan flexibilidad a los negocios jurídicos, para salvaguardar los valores y creencias de un determinado lugar⁸⁷. Así, el orden público está conformado por aquellos preceptos o directrices que se consideran no disponibles jurídicamente. Las leyes imperativas, principios generales del derecho y valores recogidos por el ordenamiento jurídico conforman el orden público⁸⁸.

Para efecto de este análisis, se considerará que el orden público engloba a las limitaciones legales, valorativas y morales que inciden en el orden privado. El orden público contractual se considerará a través de dos aristas: (i). el orden público político y (ii). el orden público económico. El primero hace referencia a la organización social del Estado y la libertad del individuo. El segundo es un conjunto de reglas imperativas que aplican cuando se produce un daño a los sujetos de derecho⁸⁹.

Para garantizar que las partes no vulneren al orden público en virtud de la autonomía de la voluntad, es necesario que las estipulaciones contractuales se enmarquen dentro de la ley y la buena fe. Dicho esto, debe tomarse en cuenta que, hay ámbitos dentro de los cuales los particulares podrán excluir o limitar la responsabilidad en virtud de las

⁸⁵ Artículo 42, LODC.

⁸⁶ Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 130.

⁸⁷ Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 161.

⁸⁸ Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 132.

⁸⁹ Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 220.

cláusulas que permiten lograr ese efecto –eximentes o limitativas–⁹⁰siempre y cuando en aquellas no exista una vulneración al orden público.

El orden público, además, contempla normas imperativas que limitarán la libertad de los particulares. Así, la LODC establece la prohibición de pactar las cláusulas abusivas en relaciones donde existe una parte débil como son las relaciones de consumo, un ámbito dentro del cual se evidencia la presencia de un orden público proteccionista respecto al equilibrio contractual⁹¹. De esta forma se salvaguarda los intereses de los consumidores en sus relaciones jurídicas⁹².

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

Finalmente, el orden público se refiere también a la posibilidad de pactar cláusulas respecto a los daños sufridos por las personas⁹³, la buena fe y el abuso del derecho. Este trabajo no pretende analizar cada uno estos aspectos, pero debe mencionarse que la amplitud del orden público es, sin lugar a dudas, una limitación a las cláusulas restrictivas de responsabilidad. A continuación, se desarrollará el dolo futuro como límite legal a las cláusulas restrictivas de responsabilidad.

7.2 Dolo futuro y culpa grave

Otro límite que incide dentro del pacto de las cláusulas restrictivas de responsabilidad es el dolo. El dolo en materia contractual debe ser entendido como la actitud del deudor por la que “[...] de forma deliberada y sin que haya causa extraña que se lo impida, incumple sus obligaciones [...]”⁹⁴. Cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito extracontractual, no se precisa que el deudor tenga la intención de

⁹⁰ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 137.

⁹¹ Gual, *Cláusulas de limitación y exoneración*, 221.

⁹² *Ibíd.* 221.

⁹³ Las cláusulas restrictivas de responsabilidad en relaciones médico-paciente han sido altamente discutidas. La posición a favor de pactarlas contempla que ciertos tratados internacionales establecen *plafonds* que avalúan las pérdidas sufridas por las personas en accidentes. Otros autores consideran que las relaciones médicas son de orden público, por tanto, la limitación del médico podría ser muy perjudicial para el desarrollo del tratamiento al paciente.

⁹⁴ Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, (Bogotá: Legis, 2010), 11-31.

causarle un daño al acreedor; basta tan solo el incumplimiento ‘deliberado’ de la obligación.

El dolo constituye la acción u omisión del deudor en la que, de forma consciente, incumple sus obligaciones⁹⁵. A partir de este incumplimiento se genera el daño y las consecuencias que nacen de aquel, son las que el deudor buscó y, sin embargo, no adoptó las medidas necesarias para evitar que suceda. Por ello, para hablar de su existencia es fundamental que el sujeto conozca la cualidad del daño producido, de lo contrario se trataría del vicio de error.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el artículo 1481 del Código Civil prescribe que la condonación del dolo futuro no tiene validez⁹⁶. Manuel García, en este contexto, ha mencionado que este artículo tiene particular relación con el límite descrito en la sección anterior –el orden público–; puesto que las convenciones que atenúan la responsabilidad procedente del dolo atentan contra este límite. García menciona que el contrato es un instrumento base para la organización social y, por tanto, el eliminar la responsabilidad por dolo, conllevaría a la supresión del contrato mismo⁹⁷.

Se ha mencionado, por otro lado, que las cláusulas restrictivas que condonen el dolo futuro, pueden interferir con el principio fundamental que establece que ‘el contrato es ley para las partes’, facultando así el incumplimiento del deudor⁹⁸. De hecho, se han desarrollado otras consideraciones respecto al dolo como límite de las cláusulas materia de estudio, y es que al pactar este tipo de estipulaciones, se incurre en la configuración de condiciones suspensivas meramente potestativas del deudor, prohibidas por el Código Civil. Dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, conlleva la nulidad de dicha cláusula⁹⁹.

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

⁹⁵ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 156.

⁹⁶ Artículo 1481, CC.

⁹⁷ García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 139.

⁹⁸ *Ibíd.* 138.

⁹⁹ *Ibíd.* 139.

La jurisprudencia ecuatoriana ha establecido la nulidad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando exista dolo. En este contexto, la Corte Suprema de Justicia señaló, con motivo de un contrato de transporte que limitar la responsabilidad del deudor a 1.000,00 sucres respecto de la pérdida de la mercadería, atentó contra la prohibición de condonar el dolo futuro. Ello, puesto que se comprobó por facturas que el valor de la mercadería era superior al que estableció la cláusula de limitación de responsabilidad¹⁰⁰.

El análisis realizado por la Corte en este caso se subsume en que, si el acreedor pudo comprobar el valor de las mercaderías, pactar una cláusula limitativa de responsabilidad implicaría condonar el incumplimiento, pues lo que corresponde es resarcir por el monto exacto.

Cabe preguntarse si el límite del dolo respecto a las cláusulas restrictivas de responsabilidad se extiende hacia la culpa grave, pues no es ajeno el debate de equiparar la culpa grave al dolo. En el sistema jurídico ecuatoriano existen artículos que corroboran esta similitud. El artículo 29 del Código Civil establece en su primer inciso que la culpa grave equivale al dolo¹⁰¹. En este sentido, se deja de lado el debate que en otros ordenamientos, por falta de una norma expresa que contenga tal equiparación, todavía existe. Sin embargo, hay criterios que optan por declarar la validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad aun cuando existe culpa grave¹⁰².

Estos criterios surgen de un análisis extensivo de la norma, pues hay quienes consideran que si bien la culpa grave se equipara al dolo, no sucede lo mismo de forma contraria. Así, aquellas cláusulas que incurran en la culpa grave del deudor, serían en principio válidas por no alcanzar el límite prescrito sobre la condonación del dolo futuro y para analizar si el deudor ha incurrido en culpa grave, se debe comparar su conducta respecto a un deudor ideal¹⁰³.

Se adelanta al lector que el criterio anteriormente expuesto no se comparte, en razón de que, a pesar de que no exista una prohibición expresa como es la condonación del dolo, la culpa grave también constituye materia de orden público¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Juan José Bustamante c. Víctor Encalada, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, pág. 2787.

¹⁰¹ Artículo 29, CC.

¹⁰² Tal es el caso de Albaladejo y Castán quienes optan por declarar la validez de las cláusulas por cuanto no existe prohibición de renunciar la acción para exigir la responsabilidad proveniente de culpa, siempre que no deje de ser culpa y se convierta en dolo. García, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad*, 145.

¹⁰³ *Ibíd.* 146.

¹⁰⁴ *Ibíd.* 147.

Por otro lado, el artículo 1574 del Código Civil contempla que el deudor responde únicamente por aquellos perjuicios que se previeron o pudieron preverse al momento de la suscripción del contrato. La norma contempla que, si existe dolo, el deudor responde por aquellos perjuicios que son resultado inmediato o directo de cumplirse la obligación¹⁰⁵. Entonces, el legislador realiza una extensión de la responsabilidad en caso de verificarse la conducta dolosa del deudor, ratificando su consideración como límite en el tema tratado. En este contexto, una cláusula que exima o limite la responsabilidad del deudor respetando los límites del dolo y culpa grave, sería, en principio, válida¹⁰⁶.

7.3 Análisis de las disposiciones en materia de consumo como límite específico a las cláusulas de irresponsabilidad

El derecho de consumo en el Ecuador es proteccionista respecto a los sujetos que intervienen dentro de dichas relaciones, en especial el consumidor. La asimetría existente en los negocios jurídicos de este tipo, justifica la preocupación del legislador por establecer normas que salvaguarden los derechos del consumidor, considerado la parte débil en la relación contractual. En consecuencia, el principio de protección del consumidor es el “[...] responsable del endurecimiento de las condiciones de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad”¹⁰⁷.

Las relaciones de consumo son aquellas en las que el consumidor es el destinatario final del producto o servicio materia de la relación contractual¹⁰⁸. En otras relaciones, si bien hay proveeduría de bienes o servicios, como en el caso de la distribución, el distribuido no es el destinatario final de ese producto, y, por lo tanto, no se encuentra en la esfera de protección de las relaciones de consumo.

La LODC en su artículo 42 establece la ‘nulidad de pleno derecho’ de las cláusulas abusivas¹⁰⁹, entre ellas: las que “[...] limiten, exoneren o atenúen la responsabilidad”¹¹⁰. En este contexto, existe una prohibición expresa y consecuentemente, una sanción de nulidad para aquellos contratos que las contemplen.

La doctrina ha realizado distintos análisis sobre la sanción, la presunción de abusividad y el carácter de las cláusulas de irresponsabilidad en materia de consumo, considerando este ámbito un límite especial para la autonomía de la voluntad. Incluso, ha

¹⁰⁵ Artículo 1574, CC.

¹⁰⁶ Díaz, “Límites a las cláusulas modificativas”, 162.

¹⁰⁷ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 233.

¹⁰⁸ Artículo 2, LODC.

¹⁰⁹ En materia de consumo, las cláusulas abusivas engloban a las limitativas, exonerativas y atenuantes.

¹¹⁰ Artículo 42, LODC.

establecido que pactarlas contraría el orden público¹¹¹. De esta manera, la particular desventaja encontrada es la inclusión de las cláusulas restrictivas dentro de los contratos de adhesión¹¹².

Los contratos de adhesión son una figura que ha recibido varias críticas por considerar que en ellos, no existe la voluntad, el elemento esencial para celebrar un contrato, debido a que, generalmente, las cláusulas existentes en dichos contratos no fueron discutidas por las partes, sino interpuestas por el proveedor del bien o servicio¹¹³.

El Derecho colombiano se ha encargado de clasificar dichas cláusulas en tres tipos: (i). cláusulas blancas: aquellas en las que el juez debe determinar en cada caso el carácter abusivo, (ii). cláusulas grises: implican una presunción legal que admite prueba en contrario para demostrar que éstas no son abusivas, (iii). cláusulas negras: establecen una presunción de derecho de la abusividad de las cláusulas restrictivas de responsabilidad¹¹⁴.

Con la finalidad de dejar sentada una idea sobre las cláusulas abusivas en materia de derecho de consumo, se describe el caso chileno de *Milad vs. ADT Securities*. Las mencionadas empresas celebraron un contrato de servicios de supervisión remota de alarmas, en la que ADT se obligó a supervisar la seguridad de los establecimientos de Milad. Sin embargo, estos fueron objeto de robo, sin que la empresa de seguridad lo haya detectado. ADT, en su defensa, alegó que el contrato tenía una cláusula eximente de responsabilidad, en caso de que se cortaran los cables que transmitían la señal de la alarma¹¹⁵.

La Corte de Apelaciones declaró la invalidez de ese tipo de cláusulas por considerarlas abusivas, debido a que excluyen el deber de la empresa de responder por la obligación de seguridad¹¹⁶. A partir del presente caso, se evidencia que el tratamiento de las cláusulas abusivas en materia de consumo, es totalmente distinto de aquel establecido

¹¹¹ José Gual, "Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma" *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas* 8, (2008), 26.

¹¹² Álvarez, "Cláusulas restrictivas de la responsabilidad", 17.

¹¹³ Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato* 214. En el mismo sentido, la sentencia No. 10253 de Colombia, establece que en los contratos de adhesión opera la autonomía de la voluntad. Es decir que, la adhesión como tal, no excluye la participación voluntaria de quien la hace.

¹¹⁴ Díaz, "Límites a las cláusulas modificativas", 171.

¹¹⁵ *Snack Adventure Alimentos Limitada c. ADT Security Services S.A*, Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de octubre de 2014, párr. 468.

¹¹⁶ Rodrigo Momberg, "Derecho de Consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado* 25, (2015), 282.

en materia civil, en virtud de que se presume la abusividad de la estipulación cuando se trate de la responsabilidad de la persona que presta el servicio o vende el producto¹¹⁷.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano ha establecido cláusulas que podrían considerarse como negras por su sanción de nulidad absoluta¹¹⁸. Si bien esta posición enmarca una protección y facilidad para la parte débil de la relación jurídica, muchos autores han criticado las normas de este tipo, por considerarlas excesivas¹¹⁹.

Es importante recordar, que los derechos del consumidor tienen rango constitucional¹²⁰. Por ello, estipular las cláusulas restrictivas en cualquiera de sus tipos conllevaría a un análisis constitucional sobre las facultades de un consumidor, y consecuentemente, de reforma de la LODC. Por el momento, el presente trabajo dejará de lado las relaciones de los consumidores.

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

8. Validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad: ¿existe una renuncia al derecho de acción?

Luego de analizar los límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, es necesario acudir a la discusión sobre la renuncia del derecho de acción que finalmente desemboca en la validez o invalidez de la figura. En primer lugar, se establece, que las cláusulas de irresponsabilidad se pactan con anterioridad a la producción del incumplimiento del daño y consecuentemente la responsabilidad a la que da lugar.

Al determinar que las estipulaciones contractuales son previas al incumplimiento, no puede existir una ‘renuncia al derecho de acción’, pues ésta constituye el abandono de

¹¹⁷ Un caso similar ocurrió en Ecuador. *Ver*, Expediente de Casación 254, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de junio de 2006, pág. 5.

¹¹⁸ Las cláusulas mencionadas se observan en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que contempla la presunción de derecho y la sanción de nulidad.

¹¹⁹ Abeliuk, *Las obligaciones*, 851.

¹²⁰ Artículo 52, Constitución de la República del Ecuador.

un derecho que se tiene o de una situación en la que está¹²¹. Entonces, tal como menciona Natalia Álvarez, las cláusulas restrictivas no son una renuncia al derecho de acción sino, por el contrario, un acto de exclusión de la eficacia de la ley¹²².

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

Cabe señalar que, si la renuncia se produce después del incumplimiento, ello no acarrearía los problemas que atañen al presente enunciado, pues, si las partes ya conocen el valor de la reparación por el incumplimiento, se vuelve menos riesgoso pactar las cláusulas de irresponsabilidad¹²³. Así por ejemplo, en un contrato de compraventa mercantil donde la pérdida de mercadería y el daño tengan un valor de 700 dólares, será más fácil poder renunciar al derecho de la compensación, pues las partes tendrían pleno conocimiento previo del posible daño.

En síntesis, la renuncia *per se* ataca a un derecho subjetivo, es decir aquellas facultades que tienen las personas de hacer o no hacer algo. Hernando Devis Echandía explica que la renuncia se realiza sobre un derecho sustancial subjetivo y la obligación correlativa del sujeto¹²⁴. Por el contrario, las cláusulas eximentes y limitativas de responsabilidad atacan al derecho objetivo, es decir a la norma misma.

En materia de responsabilidad contractual, el pacto de estas cláusulas excluye a la disposición del artículo 1573 del Código Civil, que establece que la indemnización de perjuicios se debe a partir de que el deudor es constituido en mora o desde el momento de la contravención, en caso de obligaciones de no hacer¹²⁵.

En consecuencia, al no existir una renuncia del derecho de acción los fundamentos de validez toman fuerza. De esta manera, cumplidos los requisitos de los límites a la autonomía de la voluntad y los límites especiales, se establece que las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas.

¹²¹ Álvarez, “Cláusulas restrictivas de la responsabilidad”, 6-8.

¹²² *Ibid.* 6-8.

¹²³ *Ibid.* 7.

¹²⁴ Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004), 79.

¹²⁵ Artículo 1573, CC.

9. Conclusiones y recomendaciones

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

La validez de las cláusulas se respaldó sobre la base de criterios doctrinarios de José Manuel Gual y Natalia Álvarez, quienes esgrimen el argumento sólido de que pactar dichas cláusulas no constituye una renuncia al derecho de acción. A su vez, la legislación y documentos internacionales recogen los principios que promueven la uniformidad en el tratamiento de las cláusulas restrictivas para dotar de validez a su estipulación. En consecuencia, las relaciones comerciales requieren la implementación de las cláusulas restrictivas en el marco de la contratación, para disminuir o suprimir el riesgo que acarrearán los negocios jurídicos.

Dentro de este contexto, se recuerda al lector que el carácter de validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad está supeditado a los límites propios de los negocios jurídicos y los especiales que inciden en su tratamiento. Se describió cada uno de ellos para delimitar que esta validez no es absoluta, sino que debe cumplir con el respeto al orden público y que no aplica en las relaciones de consumo o si estas cláusulas versan sobre la obligación principal.

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

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

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