

LUIS MUÑIZ ARGÜELLES

**LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL**

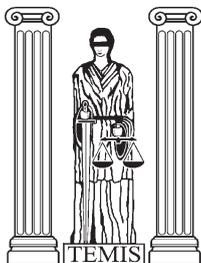
**ESTUDIO COMPARADO
DE LAS NORMAS ESPAÑOLAS,
FRANCESAS Y ESTADOUNIDENSES**

TEMIS

LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

LUIS MUÑIZ ARGÜELLES

**LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:
ESTUDIO COMPARADO DE LAS NORMAS
ESPAÑOLAS, FRANCESAS
Y ESTADOUNIDENSES**



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Luis Muñiz Argüelles, 2021.

Apartado 192768-Tels. 1-787-759-7909, 1-787-723-0242

San Juan, Puerto Rico 00919-2768

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-35-0573-0

2233 200600048700

ISBN e-book 978-958-35-1744-0

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

AGRADECIMIENTOS

Mi más profundo agradecimiento a mi esposa, la profesora y hoy jueza Migdalia Fraticelli Torres, a quien, junto a mis hijos, dedico esta obra. Mis dudas y flaquezas en terminar la revisión y en supervisar la traducción de esta obra fueron muchas y de larga duración. Fue ella, sin embargo, quien me apoyó, a veces hasta el punto de insistir en que la completase, posponiendo, en el proceso, proyectos propios que no debió postergar.

En segundo lugar, mi más sincero reconocimiento y agradecimiento al Profesor Joseluis A. Pérez Mújica, que como parte de sus estudios para la obtención de su grado de maestría en traducción de la Universidad de Puerto Rico, asumió la difícilísima labor de traducir buena parte del texto original del francés. Completado el grado, siguió ayudándome en la revisión del resto del texto. Las conversaciones con él me permitieron identificar numerosas imprecisiones y errores en el texto original, no solo desde el punto de vista lingüístico, sino también del jurídico.

En tercer término, debo expresar mi deuda a todos aquellos que con infinita paciencia revisaron el texto y las notas al calce tratando de unificar lo que se redactó en tres idiomas en el curso de casi una década. Muy especialmente agradezco la labor realizada por mis ayudantes de investigación, Mónica Cordero y Leslie Flores. La tarea parecía imposible y la lograron.

El estudio que sigue comenzó como tesis doctoral para la Universidad de París. En ella es imposible olvidar a mi director de tesis, el profesor Gérard Cornu, que con paciencia y fe me guió y apoyó; a mi amigo, el profesor Jean Louis Baudouin, que no solo corrigió el texto y sugirió enmiendas sustantivas al texto en francés, sino que desde un comienzo me pidió, diría más, me entusiasmó a que lo tradujese y publicase en mi lengua materna; al profesor Denis Tallon, que fue mucho más allá de lo que se espera de un integrante de un jurado y, con suma paciencia, revisó página a página y corrigió el texto original e hizo numerosas sugerencias, las cuales acogimos, y al nunca olvidado profesor André Tunc, que me dio el apoyo para completar mis estudios doctorales en Francia. A todos va mi más sincero agradecimiento.

A mi esposa Migdalia y a mis hijos Víctor Manuel, Mariana Cristina y Eduardo Luis Guillermo, por su comprensión y paciencia en las primeras etapas de estudios y de redacción y por su apoyo en la revisión y traducción del texto al español, pero principalmente porque ahora comprendo que han sido la razón que me ha inspirado en las tres décadas que hemos compartido. A veces toma tiempo aprender.

NOTA PRELIMINAR

En el estudio que sigue se examina, en primer término la naturaleza jurídica y los efectos económicos de las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Estas se diferencian de las cláusulas penales, de los seguros, de las garantías, de las transacciones, de las cláusulas de fijación de foro aplicable y de las de determinación de la ley competente, entre otras. Luego se examina la clasificación de las cláusulas, sus diferencias teóricas y prácticas con las modificativas del contenido de la obligación y los problemas prácticos de distinguir entre ellas. La primera parte concluye con un examen de las ventajas e inconvenientes de las cláusulas modificativas.

En una segunda parte se examinan las normas de formación, de validez y de interpretación de las cláusulas y sus efectos, ya sea entre las partes o ante terceros, cuando las cláusulas se validan o se anulan. Este estudio se hace desde el punto de vista comparado, según las normas hispanas, francesas y estadounidenses, prestando particular interés a las del estado de Nueva York. Las tendencias recientes, nacionales e internacionales, que limitan la validez y efecto de las cláusulas, particularmente ante las reclamaciones de los consumidores, obreros y otros grupos débiles también son examinadas. Del mismo modo, se discute la validez de las cláusulas cuando se producen daños corporales o morales.

La tercera parte examina el desarrollo de las diversas leyes nacionales en un contexto histórico y filosófico. El examen se hace teniendo en cuenta el desarrollo económico de los tres países a los que se les presta interés particular y los cambios habidos en la validez de la voluntad como fuente vinculante. El estudio concluye que las modificaciones económicas y valorativas habidas desde el inicio de la revolución industrial, y particularmente en los últimos decenios, han alterado significativamente el intento de limitar la responsabilidad del deudor.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Agradecimientos	VII
Nota preliminar	XI
Introducción	1

PARTE PRIMERA

DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

Sección 1.—Definición y ejemplos	5
Sección 2.—Delimitación del tema	8
Subsección 1.—Las transacciones	8
Subsección 2.—La cláusula penal	12
Subsección 3.—Los seguros de responsabilidad civil	18
1. El seguro, la fianza personal y el contrato de garantía	22
Subsección 4.—Las cláusulas de atribución de competencia y de ley aplicable	25
Subsección 5.—Los contratos administrativos	29
Subsección 6.—Las leyes modificativas de las normas de derecho común relativas a la responsabilidad contractual	34
Subsección 7.—Las cláusulas que modifican la responsabilidad delictiva	34

CAPÍTULO II

LA CLASIFICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Sección 1.—La clasificación tradicional y su crítica	38
--	----

Sección 2.—Distinciones entre las cláusulas modificativas de la responsabilidad y aquellas que varían el contenido normal de la obligación: la obligación irreducible y el riesgo	41
Subsección 1.—Las obligaciones irreducibles y el riesgo	47
Subsección 2.—Las cláusulas de indeterminación y la transformación de las obligaciones de resultado en obligaciones de medio	52

CAPÍTULO III

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS CLÁUSULAS

Sección 1.—Las cláusulas limitativas o de exoneración	56
Subsección 1.—Ventajas	56
Subsección 2.—Desventajas	63
Sección 2.—Las cláusulas aumentativas	65
Subsección 1.—Ventajas	65
Subsección 2.—Desventajas	66
Sección 3.—Convenciones inútiles	67

PARTE SEGUNDA

TEORÍA GENERAL DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (ESTUDIO COMPARADO)

Introducción	71
--------------------	----

CAPÍTULO I

EL PRINCIPIO DE VALIDEZ Y SUS EXCEPCIONES

Sección 1.—La nulidad en caso de dolo o de culpa lata	78
Subsección 1.—El fundamento de nulidad en caso de dolo o de culpa lata	78
Subsección 2.—Asimilación de la culpa lata al dolo y sus excepciones .	81
Subsección 3.—¿Pueden equipararse al dolo la culpa profesional, la culpa “lucrativa” y la culpa penal?	84
1. La culpa profesional	84
2. La culpa “lucrativa”	88
3. La culpa penal	89
Sección 2.—Las cláusulas de limitación o de exclusión de la responsabilidad que enfocan la culpa ajena	89

	PÁG.
Subsección 1.—La “negligence clause”	93
Sección 3.—Leyes que prohíben las cláusulas modificativas de la responsabilidad	98
Subsección 1.—La poca uniformidad entre las leyes que prohíben el uso de las cláusulas	98
1. Las leyes especiales	101
2. El control de cláusulas abusivas y la legislación nacional e internacional que prohíbe todas las cláusulas	105
Sección 4.—Validez de las cláusulas de limitación o de exclusión de la responsabilidad por daños a la persona	113

CAPÍTULO II

LAS NORMAS DE FORMACIÓN DE LAS CONVENCIONES MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Sección 1.—Relación íntima con el estudio de las normas de formación de los contratos principales	120
Sección 2.—El consentimiento de las partes	121
Subsección 1.—El peso de la prueba	123
Subsección 2.—La claridad de las cláusulas	123
Subsección 3.—Las normas concernientes al conocimiento de las cláusulas: los contratos de adhesión y la discreción del juez en el derecho estadounidense	124
Sección 3.—Las normas de forma	128
Subsección 1.—La nulidad del artículo 1º del decreto francés 78-464....	129
Subsección 2.—Las exigencias de claridad en las legislaciones del estado de Nueva York y de Francia	130

CAPÍTULO III

EL EFECTO DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Sección 1.—El efecto de las cláusulas válidas	132
Subsección 1.—La solución francesa de finales del siglo XIX	132
Subsección 2.—El efecto actual en los tres países estudiados	133
1. El efecto entre las partes	133
2. El efecto en cuanto a los terceros	134
Sección 2.—El efecto de las cláusulas nulas	135
Subsección 1.—Las cláusulas reconocidas	135
Subsección 2.—El efecto de la nulidad sobre el contrato principal	136

Subsección 3.—Las normas del Código Uniforme de Comercio estado-unidense y la modificación de las cláusulas consideradas leoninas	138
--	-----

CAPÍTULO IV

LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS

Sección 1.—Normas de interpretación de contratos y normas derogatorias del derecho común	140
Sección 2.—La interpretación restrictiva en favor del adherente	141

PARTE TERCERA

EL DESARROLLO DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS EN UN CONTEXTO ECONÓMICO Y FILOSÓFICO

CAPÍTULO I

EL MARCO GENERAL DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Sección 1.—La libertad de insertar las cláusulas en los contratos en cada uno de los tres países estudiados	145
Sección 2.—La justicia conmutativa y las etapas en la vida de los contratos	147
Subsección 1.—La relación entre las normas que requieren justicia conmutativa en cada etapa de la vida de los contratos	149
Subsección 2.—Las diferencias entre las normas	150
Subsección 3.—Economía, filosofía y derecho	152

CAPÍTULO II

LOS ORÍGENES DEL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA CONMUTATIVA

Sección I.— Los siglos XVII y XVIII	155
Sección 2.—Kant: la autonomía de la voluntad como freno al egoísmo	160
Sección 3.—Adam Smith: la Revolución industrial en Inglaterra y el “laissez-faire”	164
Sección 1.—El “laissez-faire” en Estados Unidos	170
Subsección 1.—Las doctrinas contractuales estadounidenses	170

	PÁG.
Subsección 2.—El contexto económico del “laissez-faire” norteamericano	172
Subsección 3.—Las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho norteamericano	179
Sección 2.—La legislación francesa durante el siglo XIX	182
Subsección 1.—La legislación francesa y el Código napoleónico ante la libertad contractual	182
Subsección 2.—La legislación sobre la usura	187
Subsección 3.—Las cláusulas modificativas en 1804	189
Sección 3.—España y la adopción del Código Civil	190
Subsección I.—El agotamiento en el siglo XIX y el fracaso de los economistas liberales	190
Subsección 2.—La libertad contractual en España en el siglo XIX: el Código Civil de 1889	195

CAPÍTULO IV

LOS CAMBIOS EN LA DOCTRINA EN FRANCIA DURANTE EL SIGLO XIX

Sección I.—La jurisprudencia relativa a las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual	201
Sección 2.—La inversión del peso de la prueba	202
Sección 3.—La economía francesa del siglo XIX y la adopción del “laissez-faire”	203
Sección 4.—La reacción europea y la aceptación del papel interventor del gobierno	208

CAPÍTULO V

DE LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL A LA CRISIS ECONÓMICA DE 1930: LOS EXPERIMENTOS CON LA PLANIFICACIÓN

Sección 1.—La situación en Francia	221
Subsección 1.—Las primeras experiencias de planificación	221
Subsección 2.—Las experiencias francesas de la posguerra	223
Sección 2.—La guerra civil española y sus efectos en los contratos	227
Subsección 1.—El desangre de España	227
Subsección 2.—La intervención del Estado en España en el campo de la contratación privada	230
Sección 3.—El desplome de la teoría clásica en Estados Unidos	235
Subsección 1.—La crisis económica: el Nuevo Trato y su influencia en las normas contractuales	235

	PÁG.
Subsección 2.—El neoliberalismo estadounidense de la segunda pos- guerra mundial	242

CAPÍTULO VI

¿DE VUELTA AL “LAISSEZ-FAIRE”?

Conclusión	261
Bibliografía	267
Índice de autores	285

INTRODUCCIÓN

El interés de los juristas por las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual se remonta, al menos, a fines del siglo XIX. En decenios recientes, sin embargo, se ha revivido el interés en ellas, particularmente en lo referente a sus requisitos de formación, interpretación y validez. Los cambios de la teoría de la fuerza vinculante de la voluntad ante las reclamaciones de los grupos económicamente más débiles, pero hoy mejor organizados y por tanto políticamente poderosos, como los consumidores y obreros, han hecho que se den importantísimas transformaciones en la teoría que estuvo vigente por casi un siglo.

Los cambios filosóficos, políticos, económicos y sociales que marcaron el siglo XX se hicieron sentir, sobre todo, en los países más industrializados. La importancia cultural y jurídica, por no decir económica y política, que han tenido España y Francia en nuestra América, y el creciente influjo que tienen Estados Unidos, cuyas normas jurídicas e incidencia financiera y comercial afectan a todo el continente, nos convencieron de que este estudio de las normas que alteran o intentan alterar el régimen jurídico en caso de incumplimiento parcial o total de las obligaciones contractualmente contraídas debía hacerse desde un punto de vista comparado. Francia fue pionera en los estudios del tema, y España, la fuente de inspiración de los ordenamientos de muchos países de nuestro hemisferio. En Estados Unidos, el estado de Nueva York, al que le prestamos la mayor atención, ha sido líder en la elaboración de normas jurídicas de todo tipo, particularmente en este tema. Nos parece que las tendencias de estos países o estados, que buscan adaptar su derecho a los valores económicos y filosóficos de hoy, se están dejando sentir en los ordenamientos de buen número de naciones, y por esta razón debemos intentar entenderlas, para adaptar las que más se ajustan a nuestras realidades y necesidades.

Las nuevas normas de los países de la Unión Europea y de Estados Unidos también guardan íntima relación con otras instituciones económicas y jurídicas. El fin que persigue el comerciante, el industrial, la entidad multinacional que intenta limitar su responsabilidad, se logra de diversas formas. Por ello, es preciso ver el contexto económico mayor para entender cómo se quiere operar y cómo debemos reglamentar los intentos de

modificar aquello que, de ordinario, habría de reglamentar las relaciones entre las partes en caso de incumplimiento contractual.

Ese mismo contexto mayor también se refleja en el tiempo, por lo que en nuestro examen, además de ver las normas jurídicas desde un punto de vista técnico, tratamos de comprender los cambios habidos dentro de un marco histórico y filosófico más amplio. En el análisis que hacemos intentamos ver si existen patrones comunes entre los tres lugares en estudio, particularmente desde el punto de vista de su desarrollo industrial.

PARTE PRIMERA

**DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN
DE LAS CLÁUSULAS MODIFICATIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL TEMA

Sección 1.—**Definición y ejemplos**

Una empresa que produce programas electrónicos pone, como condición para la venta de sus productos, que toda reclamación excluye daños diferentes del precio de venta y que toda reclamación debe hacerse ante un tribunal extranjero, localizado a miles de kilómetros de distancia.

Un fabricante de películas pone un aviso en cada cartucho que elabora, en el que indica que si el producto resulta defectuoso, únicamente reembolsará el monto del precio de venta de la película.

Una empresa naviera advierte a sus clientes potenciales que queda liberada de toda responsabilidad por daños, aun culposos, que resulten de la pérdida o avería de lo transportado.

Un afiche en una lavandería anuncia que sus propietarios no se hacen responsables de los daños que puedan sufrir las vestimentas tratadas con productos especiales para sacar manchas difíciles.

El dorso de los billetes vendidos en un centro de diversiones, adonde acuden niños, advierte que la empresa queda liberada de toda responsabilidad por daños corporales o muerte.

Un fabricante de artículos para el hogar inserta una cláusula en el contrato preimpreso de venta donde establece que toda reclamación debe hacerse durante el año de la venta.

Podemos considerar los ejemplos anteriores cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual. Algunas carecen de validez en ciertos países y otras resultan ineficaces en determinadas circunstancias, pero todas persiguen algo en común: limitar la reclamación o el mecanismo mediante el que ha de hacerse valer el principio de responsabilidad civil contractual en caso de incumplimiento o de ejecución parcial de lo que el acreedor entiende es la obligación de la otra parte. Todas establecen normas que, de resultar válidas, alteran el régimen de derecho común relativo a este tipo de responsabilidad.

En teoría, el régimen de derecho común estatutario o consuetudinario puede ser alterado de diversas maneras. Incluso los acuerdos en las que un acreedor transfiere a un tercero su reclamación por un daño atribuible a una falta contractual podrían interpretarse como cláusula modificativa del régimen normal. En este caso, no se indemnizará al principal perjudicado, que conforme al derecho común es la persona que debe ser resarcida, puesto que ya habrá sido parcial y tal vez totalmente satisfecha por quien adquirió su causa de acción. La indemnización se hará al tercero, adquirente de su reclamación.

Sin embargo, un análisis tan amplio sobre las cláusulas modificativas supondría un estudio abarcador de casi todo el derecho de obligaciones. Si así procediéramos, trataríamos toda la teoría general de las obligaciones y no el tema particular de las cláusulas modificativas, que merecen examen especial, máxime cuando tan poco interés se les ha dado en el derecho de habla hispana.

La doctrina y la jurisprudencia, conscientes de la necesidad de analizar problemas más concretos, han rehusado definir la frase “cláusula modificativa de la responsabilidad contractual” de forma tan abarcadora. En realidad, la tendencia es limitar esta clasificación para analizar solamente las variantes de las normas de reparación en casos de incumplimiento. Forman parte de este análisis, además, las cláusulas sobre causas de responsabilidad (la obligación de reparar daños debidos a una fuerza mayor o a un cierto grado de diligencia exigible, por ejemplo) y las normas relativas a la puesta en vigor de la acción de responsabilidad civil. Aun esto, sin embargo, resulta excesivamente amplio, y ciertos temas de posible pertinencia son excluidos por la doctrina, que busca precisar normas prácticas para solucionar problemas concretos. Por lo general, durante un análisis de cláusulas modificativas no se toman en consideración los estudios de la cláusula penal y de los convenios sobre ley aplicable o atribución de competencia de los contratos de seguro.

Esta limitación puede justificarse de dos maneras: en primer lugar, los temas excluidos obedecen a normas que no son del todo idénticas a las de la modificación de la responsabilidad contractual. En segundo lugar, algunos de estos temas han adquirido tal importancia que la doctrina y la jurisprudencia los ha independizado del que hoy nos atrae, y han permitido así a juristas y a juzgadores recurrir a fuentes que traten estos problemas en concreto.

El estudio que sigue respeta esta distinción, aunque en ocasiones nos veremos obligados a señalar la relación existente entre nuestro tema y otros que han sido excluidos. Hay ocasiones en que la relación es íntima, como

ocurre cuando las cláusulas penales o de competencia se insertan en contratos de adhesión para disuadir reclamaciones, a menudo de forma abusiva. Sin embargo, y salvo que se haga un señalamiento especial, nuestro estudio tratará principalmente sobre los acuerdos subsidiarios —dependientes de convenios principales— que, en caso de ejecución defectuosa o de incumplimiento total de la obligación principal, alteran el régimen de responsabilidad civil. También trata sobre los acuerdos que precisan la responsabilidad del deudor o, sin variar la que teóricamente tiene, establecen un mecanismo distinto del derecho común para entablar la acción judicial encaminada a obtener la reparación del daño causado. Es esta, en efecto, la definición de las cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual que hemos de examinar.

No estudiaremos los acuerdos de donde surgen las obligaciones principales, cuya ejecución implica la extensión del nexo contractual. Tampoco veremos las reglas generales referentes a la responsabilidad civil ni aquellas que señalan los pasos normales para poner en vigor dicha responsabilidad, cuando las partes no han previsto nada al respecto. No analizaremos tampoco la vasta gama de leyes especiales, muy particulares, que establecen el régimen de responsabilidad. Respecto a estas, nos limitaremos a indicar las reglas generales concernientes a la posibilidad de modificar el régimen especial establecido por la ley particular y las tendencias que la aprobación de estas reglas refleja. Tampoco trataremos las normas relativas a las transacciones y a los acuerdos que modifican o extinguen una acreencia nacida del incumplimiento de un contrato, reglas que tienen que ver más bien con la transmisión o extinción de créditos y no con el régimen de responsabilidad civil.

Solo discutiremos algunos aspectos de las reglas de derecho sobre a los acuerdos que modifican la responsabilidad estableciendo montos fijos en caso de incumplimiento, es decir, de las cláusulas penales, aunque nos detendremos a analizar aquellos casos en que la finalidad de las leyes es la de limitar el monto de la responsabilidad. En cuanto a los seguros y las garantías, no veremos sino ciertos elementos relacionados con ellos, principalmente aquellos que tienen que ver más con la relación de estos y las cláusulas modificativas, particularmente en cuanto a las ventajas de estas. Sobre las cláusulas de ley aplicable o de tribunal competente, veremos únicamente unos detalles relacionados con la incidencia económica que pueden tener y el hecho de que persiguen una finalidad similar a la de las cláusulas modificativas. Las cláusulas en los contratos administrativos, propias del estudio de derecho público, tampoco serán examinadas a fondo, aunque desde ahora vale aclarar que las normas de derecho privado referentes a las

cláusulas modificativas de la responsabilidad contractual le son normalmente aplicables. Finalmente, no estudiaremos las reglas concernientes a la modificación contractual de la responsabilidad delictiva, salvo para indicar su relación con el tema principal.

Los temas excluidos mencionados en el antepenúltimo párrafo solo guardan relación indirecta con el nuestro. Los del párrafo anterior evidencian una relación mucho más estrecha, pero gozan de tal especificidad o han adquirido tal importancia que hoy día se los trata con independencia del tema que aquí nos ocupa.

Hay que aclarar, sin embargo, que decir que no hemos de tratar ciertos temas no implica que hemos de ignorarlos completamente. En efecto, en las páginas que siguen los trataremos con un poco más de detalle de lo que han hecho muchos otros autores de obras sobre cláusulas modificativas. Puesto que los objetivos de los contratantes que han consentido en estos acuerdos son a menudo los mismos, o por los menos compatibles con los de los contratantes que consienten en las cláusulas modificativas, y porque las reglas concernientes a la validez de todos estos acuerdos son a menudo similares, nos parece que un corto examen de ellos puede ser útil para entender y evaluar las razones de ser de las cláusulas y de las normas jurídicas que las reglamentan.

Sección 2.—**Delimitación del tema**

Subsección 1.—*Las transacciones*

El contrato de transacción entre el autor de un daño y su víctima, una vez ocurrido el hecho generador de responsabilidad, está íntimamente relacionado con el tema de las cláusulas modificativas de la responsabilidad. Tanto en el caso de las cláusulas como en el de las transacciones, el resultado usual es que el daño sufrido es resarcido hasta un monto distinto del que hubiese resultado de no haber mediado el acuerdo entre la víctima y el causante.

Es innegable que varias cosas distinguen a ambas figuras. La más obvia es el momento en que se llega al acuerdo sobre un posible daño. En el caso de la transacción, el convenio se da una vez ocurrido este. Quien ya es víctima contrata porque cree que la suma ofrecida en la transacción es mayor que la que, con toda probabilidad, obtendría tras un juicio, o cuando menos no tan inferior que se justifique el tiempo, el esfuerzo y el dinero

que requeriría ver el caso en sus méritos. Hay un riesgo envuelto, pero este se refiere al monto pagado en vías de resarcimiento del daño, y no a si este haya de ocurrir. En el caso de las cláusulas modificativas, el azar es precisamente esto último: la víctima potencial puede sentirse más propensa a consentir la cláusula, esperanzada en que el daño no ha de ocurrir.

La segunda diferencia se relaciona con la fuente de responsabilidad civil base del convenio. La transacción puede darse tanto en daño contractual, como en uno de origen delictivo. Si bien es cuestionable la validez de una cláusula limitativa o de exoneración, en donde el damnificado ha renunciado de antemano a ser resarcido por virtud de un daño de origen extracontractual, no ocurre así con un acuerdo transaccional donde ese mismo damnificado, consciente ya del daño sufrido, decide aceptar una cuantía por vía de reparación. La transacción es uno de los medios de poner fin a los litigios, independientemente de su origen delictuoso o contractual. El artículo 2046, párrafo 1º, del Código Civil francés lo reconoce expresamente cuando, refiriéndose a las causas de acción provenientes de acciones penales, establece que pueden transigirse incluso las reclamaciones civiles que emanan de delitos (*On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit*). El artículo 1813, línea 1, del Código Civil español contiene una regla idéntica: “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito...”. La norma norteamericana es similar. Así lo ha expresado el más alto tribunal del estado de Nueva York en varias sentencias; entre las más recientes se encuentra la de *W. T. Grant Co. vs. Srogil*¹.

La transacción se prohíbe excepcionalmente cuando la materia del pleito civil es de orden público. Desgraciadamente, es difícil señalar áreas comunes donde todos los países prohíban las transacciones por ser este un tema íntimamente atado a los valores y a las peculiaridades históricas de cada nación. Nos limitaremos, pues, en una nota, a dar ejemplos de áreas donde estas transacciones están prohibidas².

¹ 423 NYS2d 324 (1979).

² Estado Civil: Civ. 25 nov. 1901, D. P. 1902.1.31 (Francia), Req.23 févr. 1924, D. P. 1925.1.124 (Francia) y C. C., español, art. 1814; el delito: Crim. 17 mai 1901, D. P. 1902.1.303 (Francia), C. C. español art. 1813 y Ley de Enjuiciamiento Criminal española, arts. 106 y 107; cesión de funciones ministeriales: Civ. 17 nov. 1908, D. P.1909.1.381 (Francia); herencia futura: C. C. español, art. 816 y M. ALBALADEJO, ed., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª ed., Madrid, Edersa, t. XXII, vol. 2, 1983, pág. 40; daños ocasionados por los gerentes, administradores e integrantes del consejo de una sociedad por acciones, ley de 24 de julio de 1966 (Francia), art. 52, al. 5º y art. 246, al. 2º; accidentes de trabajo: Civ. 12 nov. 1923, D. H., 1924.7 (Francia), ley de 30 de octubre de 1946 (Code de la Sécurité Sociale, art. 509, al. 1º), art. 79, al. 1º (Francia), A.

En el campo de las cláusulas modificativas, por definición misma, no surge el problema de que el daño y el acuerdo sobre su resarcimiento tengan uno origen delictivo y otro contractual. El daño es producto del incumplimiento contractual y la cláusula modificativa es un convenio para cuando se dé un incumplimiento de tal naturaleza. La fuente es contractual. En realidad, sin el contrato principal no hay acción en daño ni es válida la cláusula modificativa de la responsabilidad por incumplimiento.

Como tercera diferencia, vemos cómo en la transacción raras veces aumentará, deliberadamente, la cuantía por la que el causante respondería si el caso fuese a juicio. Si el causante supiese que el daño sufrido, que puede ser probado, es menor de lo que se reclama por vía de transacción, no consentiría a ella, salvo para evitarse los gastos e inconvenientes del pleito, cosa común únicamente cuando el monto de lo que se paga por vía de transacción es poco (el *nuisance value*, como se le llama en Estados Unidos). De igual manera, el damnificado raras veces accederá a un pago inferior al que está seguro de poder obtener tras un juicio, salvo que la diferencia entre lo ofrecido y lo que cree que podrá obtener sea mínima³.

En cambio, la existencia de una cláusula modificativa podría dar por un resultado aumento (en el caso de la aumentativa) o disminución (en el caso de la limitativa o de exclusión) de la compensación.

La cuarta y última diferencia es que la transacción válida tiene como finalidad evitar o terminar un litigio potencial o pendiente. Así lo establece el artículo 2044, al. 1º, del Código Civil francés y el artículo 1809 del Código Civil español. Por ello, aquellas tienen, entre las partes contratantes, “la autoridad de la cosa juzgada”⁴. Los únicos litigios posibles, en cuanto a la transacción respecta, son los relacionados con su validez (ya sea por vicios al momento de su formación o por ser la transacción contraria

LARSON, *The Law of Workman's Compensation*, vol. 3, Mathew Bender, N. Y., 1976, sec. 82.20 et seq. (EE. UU.); ciertas pensiones a dependientes: C. C. (España), art. 1814, H., L. y J. MAZEAUD y A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 5ª ed., Paris, Ed. Montchrestien, 1960, págs. 1239 núm. 2113-2; H., L. y J. MAZEAUD; F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, vol. I, 6ª ed., Paris, Ed. Montchrestien, 1978, núm. 2113-2 (Francia); los beneficios concedidos por la ley de arrendamientos urbanos: Ley de arrendamientos urbanos, art. 6º, ALBALADEJO, *supra*, págs. 39 et seq. (España).

³ En cuanto a la certeza de ser reivindicado por un tribunal y las consecuencias que pueda implicar un debilitamiento de las normas, véase el excelente artículo de A. D'AMATO, “Legal Uncertainty”, 71 en *California Law Review* 1 (1983).

⁴ C. C. español, art. 1816 y C. C. francés, art. 2052, al.1.

a la ley, moral u orden público) o con su interpretación. En la transacción, al menos implícitamente, se acepta que hubo daño y que este fue culposo.

Mientras que en el caso de las cláusulas modificativas, puede haber litigios referentes a su validez o interpretación, a si hubo daño, a si este fue culposo, salvo que se trate de una cláusula aumentativa o de garantía para resarcir daños producidos de fuerza mayor, y a su monto, que está sujeto a prueba y determinación judicial.

Ahora bien, en Francia, pese a las diferencias señaladas, hay un caso en el que la transacción y la cláusula modificativa se funden. Puesto que allí la transacción no priva al damnificado de instaurar una acción para recobrar daños que a esa fecha no hubiesen surgido, es posible que el acuerdo de transacción prevea que la víctima renuncie a todas las acciones futuras posibles, aun imprevisibles, derivadas del accidente. En efecto, se trata de una cláusula de no responsabilidad o de exclusión de responsabilidad civil respecto a los daños aún desconocidos o no manifestados. No obstante, todavía persiste la diferencia de que, inclusive en este caso, el evento generador del daño ya ocurrió.

La primera y la segunda sala de lo civil de la Corte de Casación francesa debaten el alcance de estas cláusulas. La primera, cuyo criterio es compartido por el Tribunal Supremo español, sostiene que tal acuerdo no impide una reclamación por daños posteriores imprevisibles al momento de transar. Según el tribunal español y esta sala del tribunal francés, la nueva causa de acción implica que existe error sobre el objeto de la transacción (el monto y naturaleza del daño), error que puede ser invocado como causa de rescisión. Señala el tribunal español que quien después de tres meses de ocurrido un accidente renuncia, en una transacción, a reclamar daños futuros desconociendo que las lesiones, lejos de estar curadas, tomarían más de dos años en sanar, no ha renunciado a nada. No se puede consentir a lo que se desconoce que existe. La transacción evita el pleito en el que hay incertidumbres jurídicas, no aquel cuya existencia misma es desconocida e imprevisible, añade⁵. Sin embargo, la sala segunda francesa ha resuelto que el error es solo sobre la cuantía y que, por tanto, si posteriormente

⁵ La posición francesa es la misma. Civ. 8 mars 1966, D. 1966, somm. 87, Concl. LINDON, Civ. 27 janv. 1971, D. 1971, somm. 112; I. BULL., núm. 35; Civ. 12 janv. 1970, I. BULL., núm. 10. B. STARCK, *Droit civil: obligations*, Paris, Librairies Techniques, 1972, núm. 913 (en favor). Contra: Civ. 10 juin 1968, D. 1969. Respecto a la posición española, véase el fallo del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1965, Aranzadi 5331; C. ROGEL-VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español*, Madrid, Civitas, 1977, págs. 112 a 113, donde se cita la sentencia no publicada de 23 de octubre de 1965.

surgen o se descubren otros daños no invalida el acuerdo, según preceptúa el artículo 2052, al 2, del Código Civil⁶.

Por razones de lógica, nos parece más acertada la posición española y la de la sala primera francesa. Si se va a ser fiel al principio de que las cláusulas referentes a los daños extracontractuales son nulas —principio con el que tenemos serias discrepancias, como se verá luego— la naturaleza del daño aún desconocido debe tomarse en cuenta antes de determinar la validez de una cláusula transaccional. Además, si se adopta también el criterio de que las cláusulas que limitan o excluyen el derecho a ser resarcido por daños personales son nulas, el mismo criterio debe aplicarse a las cláusulas transaccionales cuando estas tienen por objeto liberar al deudor de resarcir a la víctima de un daño personal desconocido, pues en lo referente a la existencia y monto de los daños, dichos acuerdos también son cláusulas de exoneración de responsabilidad por daños personales futuros. Si es de orden público que el damnificado de un daño personal o extracontractual puede exigir restitución total del daño sufrido, y si el autor del daño no debiese jugar su suerte en estos casos, entonces, la cláusula de exoneración en el contrato transaccional debe también ser anulada por ser de idéntica naturaleza: el autor y la víctima apuestan a que van a surgir daños imprevistos superiores al monto de lo pagado a cambio de la inclusión de la cláusula o de la conclusión del contrato transaccional.

Subsección 2.—*La cláusula penal*

La cláusula penal es también modificativa de la responsabilidad contractual. En cuanto a su naturaleza, tanto la una como la otra son cláusulas subsidiarias cuya validez depende de la validez del contrato principal. En cuanto a las partes, ambas son el resultado de un acuerdo entre deudor y acreedor, y únicamente entre ellos. En cuanto a la realidad extrajurídica, normalmente ambas son insertadas en los contratos por partes más poderosas que están en posición de obligar a las otras a aceptarlas. Pero sobre todo, ambas son cláusulas modificativas, puesto que el monto mismo de la reclamación va a estar determinado por ellas y no por un tribunal. Esa es su razón de ser. Si el daño sufrido es inferior al monto establecido en la cláusula penal, esta tendrá el efecto de cláusula aumentativa de la responsabilidad contractual, y ese es, de hecho, su función normal.

⁶ Civ. 12 déc. 1963, D. 1964, 467, n. BOULANGER; PH. LE TOURNEAU y L. CADIER, *Droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1996, núms. 565 y ss., págs. 163 y ss.; PH. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1982, núm. 909 (en favor) y casos citados.