

EL RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE REPARACIÓN: INVENTARIO Y PERSPECTIVAS

THE SYSTEM OF DAMAGE-LIMITING CLAUSES: INVENTORY AND PERSPECTIVES

*Thomas Genicon**

RESUMEN

Las cláusulas de responsabilidad en el Derecho de los Contratos, han originado un fértil debate en Francia. Originalmente, el Derecho francés otorgó validez a las disposiciones con contenido limitativo o eximente de responsabilidad, pese a descartar su aplicación en el caso de dolo o culpa grave. Sin embargo, el 22 de octubre de 1996, este escenario se modifica con la dictación de la sentencia *Chronopost* por la sala comercial de la Corte de Casación francesa.

En las páginas que siguen, se determinará el régimen actual de las cláusulas limitativas de reparación, la reciente aplicación de la jurisprudencia de *Chronopost* y las perspectivas que se plantean respecto del futuro de estas disposiciones.

Palabras clave: cláusulas limitativas de responsabilidad, cláusulas eximentes de responsabilidad, incumplimiento contractual, causa, dolo, culpa grave.

ABSTRACT

Liability provisions in contract law have led to feverish debate in France. Initially, French law granted validity to provisions limiting or excluding liability even while barring such applications in the case of malicious intent or gross negligence. However, on October 22, 1996, the situation changed

* Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Rennes, Francia. Artículo recibido el 2 de marzo de 2009 y aceptado para su publicación el 29 de mayo de 2009. Correo electrónico: tgenicon@yahoo.fr

when the commercial division of the French Cour de Cassation handed down its ruling in the *Chronopost* case.

This article will review the current status of clauses restricting damages, the recent application of *Chronopost* jurisprudence and perspectives for the future of such provisions.

Key words: liability restriction clauses; liability exemption clauses; breach of contract; cause; malicious intent; gross negligence.

OBSERVACIONES PRELIMINARES
A LA ATENCIÓN DEL LECTOR HISPANOHABLANTE¹

Para facilitar la plena comprensión de este estudio al lector hispanohablante, me pareció útil aportar, a título preliminar, algunas precisiones elementales, en particular respecto de dos decisiones bien conocidas por los lectores franceses, la sentencia *Chronopost* y la sentencia EDF.

La cuestión de la validez y del régimen de las cláusulas de responsabilidad en derecho de los contratos es objeto de un vivo debate en Francia y las aclaraciones de la jurisprudencia son esperadas con impaciencia.

124

Originalmente, al menos en ausencia de disposiciones especiales, el Derecho francés partía de un principio de validez de las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad. Sin embargo, el juez aceptaba privarlas de aplicación cuando el deudor incurría en culpa calificada en el incumplimiento del contrato, es decir, una culpa dolosa o una culpa lata. Una inflexión no menor se hizo sentir después, ya que la jurisprudencia tendió a considerar que la culpa lata estaba constituida cada vez que el deudor violaba su *obligación esencial*. Siendo así, la noción de culpa lata empezó a ser retocada de un enfoque subjetivo, que consistía en juzgar moralmente el comportamiento del deudor, orientándose hacia un enfoque objetivo más centrado en la naturaleza de la obligación violada. Es lo que a menudo se describe como el pasar desde la culpa lata subjetiva hacia la culpa lata objetiva.

El 22 de octubre de 1996 hubo un giro considerable en la historia de las cláusulas de responsabilidad, ya que fue pronunciada la famosa sentencia *Chronopost*, que suscitó una literatura considerable². En esta decisión, la

¹ Originalmente, este artículo fue redactado en francés y publicado en Thomas GENICON, *Revue des contrats*, N° 3, Paris, LGDJ, 2008, p. 982. Con la amable autorización de esta revista, es ahora publicado en español. Quiero expresar mis más vivos agradecimientos a las traductoras de este artículo, María Paz Gatica y Judith Streff.

² Para un panorama destacable, véase el comentario en Henri CAPITANT, François TERRÉ, et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2008, N° 157, p. 111).

sala comercial de la Corte de Casación conmocionó el análisis clásico. En efecto, eligió abstraerse completamente del desvío por la culpa lata, para juzgar de forma directa que una cláusula de responsabilidad, estipulada respecto de una obligación esencial del contrato, no podía ser válida (debería ser “reputada no escrita”) siempre que “contradecía el alcance del compromiso hecho”. Se trataba, en la especie, de una cláusula por la cual un transportador rápido de correo limitaba su responsabilidad únicamente al precio del envío en caso de inejecución. Teniendo en cuenta la obligación de celeridad que se había suscrito especialmente, les pareció intolerable a los altos magistrados que el transportador pudiera contentarse con conceder una indemnización tan irrisoria:

“garantizando el especialista del transporte rápido la fiabilidad y la celeridad de su servicio, dice la sentencia, [y] habiéndose comprometido a entregar los sobres en un plazo determinado (...) en razón del incumplimiento a esta obligación esencial, la cláusula limitativa de responsabilidad del contrato, que contradecía el alcance del compromiso tomado, debía ser reputada no escrita”.

Colaborando a la sorpresa general, la Corte de Casación fundó, además, su razonamiento sobre el artículo 1131 del *Código Civil*³, es decir, la nulidad por ausencia de causa. En otras palabras, para la sala comercial una cláusula que limita de manera irrisoria la obligación de reparación a cargo del deudor de la obligación esencial priva de causa los compromisos del acreedor.

Desafortunadamente este razonamiento audaz (desprestigiado por algunos, como el profesor Christian Larroumet) que tenía vocación de aplicarse de manera general, fue pronunciado en un ámbito muy especial, el del transporte terrestre, gobernado por disposiciones reglamentarias muy particulares que, una vez reputada la cláusula como no escrita, se implementaron como derecho supletorio. Esta dificultad suscitó innumerables contiendas (lo que llamamos a menudo la “saga *Chronopost*”) sobre las cuales no es necesario extenderse salvo para señalar que esta desventura inesperada nubló un poco el mensaje entregado en 1996. Hubo que esperar diez años antes de que la jurisprudencia *Chronopost* fuera retomada por la sala comercial, y esta vez con verdadera fuerza. A través de una serie de sentencias pronunciadas entre 2006 y 2007, la sala comercial no sólo reafirmó su razonamiento articulado en torno a la cláusula y la obligación esencial sino que procedió, incluso, a un endurecimiento. En efecto, al leer

³ Artículo 1131 del *Código Civil* francés: “La obligación sin causa, o con una causa falsa, o con una causa ilícita, no podrá tener ningún efecto”. Traducción oficial disponible en www.legifrance.gouv.fr (N. de T.)

estas decisiones pareciera que toda cláusula, cualquiera que sea y cualquiera sea el monto del techo de indemnización, debiera ser reputada como no escrita, en tanto no sea aplicada a una obligación esencial. Numerosos autores manifestaron su profunda inquietud; el Derecho francés parecía encaminarse hacia un principio general de prohibición pura y simple de las cláusulas de responsabilidad referidas a este tipo de obligaciones.

La sentencia EDF, pronunciada el 18 de diciembre de 2007, aportó quizá algún consuelo. En esta decisión, era cuestión de contratos de suministro de electricidad concluidos por la empresa EDF, que es el proveedor principal de esta energía en Francia. Un corte de corriente había dañado los equipos de la instalación industrial de un cliente, este último demandó a EDF por responsabilidad. Pero EDF le opuso una cláusula limitativa de responsabilidad. Muy naturalmente, el cliente alegó la jurisprudencia *Chronopost* para obtener que la cláusula fuera privada de efecto, pero no fue acogido por la Corte de Apelaciones. Curiosamente, la Corte de Casación rechazó también el argumento del cliente, juzgando que

“habiendo notado que la cláusula limitaba la indemnización únicamente para el corte inopinado de corriente, salvo en caso de culpa lata del proveedor, la Corte de Apelaciones había podido concluir que esta estipulación no tenía como efecto vaciar de toda sustancia la obligación esencial de suministro de electricidad, caracterizando así, la ausencia de contrariedad entre dicha cláusula y el alcance del compromiso suscrito”.

126

En otras palabras, la sala comercial sugirió que una cláusula limitativa puede todavía concernir válidamente una obligación esencial, debiendo la cláusula en cuestión verdaderamente su salud, en la sentencia EDF, al hecho de que no apuntaba a todo incumplimiento sino sólo a un tipo de incumplimiento particular, el “corte inopinado”... Pero en verdad la sentencia no es tan clara y su interpretación está sujeta a reserva⁴. En particular, podemos constatar que, hoy día, el margen de maniobra ofrecida a los redactores del contrato es difícil de discernir. Es en este contexto que fue redactado el presente estudio.

1. ¿Es satisfactorio el régimen actual de las cláusulas limitativas de reparación? Nos vemos tentados a contestar caballeramente que para poder juzgarlo..., ¡primero habría que conocerlo! En efecto, el difícil tratamiento de esta cuestión, responde a la delicadeza con que debe delimitarse el contorno exacto del régimen de estas cláusulas en el Derecho Positivo, si al menos nos dedicamos a estudiar meramente el “derecho común”, excluyendo los

⁴ Sobre este punto, véase nuestro comentario de esta decisión en GENICON (n. 1), p. 262.

derechos especiales de las cláusulas de responsabilidad o de reparación que proceden, aquí y allá, de disposiciones específicas y fácilmente identificables⁵. Por lo menos debemos admitir que la respuesta que acabamos de dar –y que desgraciadamente no es una broma– marca ya una cierta reserva. Después de todo, el solo hecho de que el régimen de cláusulas limitativas sea inasible establece, en sí, que no es satisfactorio. ¿No es la incertidumbre el vicio mortal del derecho, sobre todo para los que lo practican concretamente, y sobre todo para un mecanismo de uso cotidiano cuya importancia para los medios económicos ya no es necesario demostrar?

Sin embargo, es necesario reconocer que en estos últimos años e, incluso, muy recientemente, la materia ha sido objeto de grandes maniobras de las cuales hay que informar, aunque sólo de manera sucinta. Por ello tendremos que esforzarnos en dibujar los contornos de un régimen que quizás es de derecho positivo, pero a la manera de un impresionista en plena duda (i). En plena duda y con algunos recelos, porque este régimen intuitivo se expone a varias críticas, a veces graves (ii). Ellas constituirán naturalmente el punto de partida de una reflexión hacia nuevas orientaciones posibles (iii).

I. EL RÉGIMEN ACTUAL, UNA DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN

127

1. Génesis

2. No es el propósito releer de un modo cabal la “novela” de las cláusulas limitativas de reparación⁶. Recordaremos simplemente que, pese a la proclamación de una validez de principio que nunca varió, la jurisprudencia logró, a lo largo de los años, alzar contra estas cláusulas toda una red de obstáculos cada vez más difíciles de superar. Haremos sólo mención de la vigilancia incrementada que manifestó en cuanto a la realidad de la aceptación de la cláusula al momento de la conclusión del contrato⁷. Los instru-

⁵ Para un panorama de estas reglas especiales, en ámbitos tan variados como el contrato de trabajo, los arrendamientos, los contratos concluidos con un consumidor, el contrato de hostelería, de construcción, de transporte, etc., véase Philippe DELEBECQUE, “Régime de la réparation (...) Conventions relatives à la responsabilité”, in *Juris Classeur Civil, Code, art. 1146 à 1155, fasc. 21, 0*, N^{os} 131 et s.

⁶ Véase la muy bella epopeya de Denis MAZEAUD, “Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons”, en *Dalloz*, N^o, 26, 2008, p. 1776.

⁷ Véase Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2007, N^o 396, p. 300. Para un muy buen ejemplo reciente, véase Cass. com., 27 nov. 2007, pourvoi N^o 06-16523, Contrats, conc., consom. 2008, N^o 62, obs. Laurent Leveneur.

mentos históricos de la ineficacia de estas cláusulas fueron, sobre todo, el dolo y la culpa lata del deudor durante la ejecución del contrato. La noción de “culpa lata”, de aplicación más frecuente, no ha dejado extenderse. Si bien la jurisprudencia partió de una concepción subjetiva de este tipo de incumplimiento, centrada en un análisis moral de la gravedad de los actos del deudor, progresivamente ha enriquecido su enfoque adoptando una concepción objetiva de la culpa lata, más centrada en el tipo de obligación infringida. Así, poco tiempo antes de la famosa sentencia *Chronopost*, ya se había llegado a establecer el principio de que una cláusula que limita la responsabilidad del deudor en razón de un incumplimiento a su “obligación esencial” no podía aplicarse. La sentencia *Chronopost* no ha hecho sino retomar esta solución para cambiarle la vestimenta técnica y revestirla de los adornos de la teoría de la causa⁸. Conocemos el razonamiento autorizado por la referencia al artículo 1131: por afectar a la obligación esencial del deudor, la cláusula limitativa

128

“(…) atenta contra la causa del compromiso suscrito por el contratante al cual se opone. En efecto, al reducir excesivamente la sanción por la inejecución de una obligación dotada de tal intensidad, se diluye y afecta el objeto de la obligación del deudor (...) pese a ser precisamente esta obligación esencial la que constituyó la razón de ser, la causa del compromiso recíproco de su co-contratante”⁹.

Así, la Corte de Casación dio un cierto brillo a un principio no del todo nuevo y, en especial, reubicó en el centro del debate doctrinal el régimen de las cláusulas limitativas. Pero la sentencia inaugural no logró totalmente su efecto de anuncio, porque fue contaminada, en los años siguientes, por consideraciones propias del ámbito en el cual había intervenido. En realidad, es sólo en 2006¹⁰, reiterando el mensaje proclamado diez años antes, que se pudo discernir un poco más el alcance exacto que la Corte de Casación entregó en su sentencia fundadora. Y lejos de haberlo olvidado, pareció, incluso, hacer de ello una aplicación, podríamos decir, “fundamentalista”. En varias oportunidades, en el curso del año 2006 y después

⁸ Pero sobre la diferencia de enfoque que siguió, véase n. 13.

⁹ MAZEAUD, Denis, *Revue des contrats*, 2007, p. 1.122.

¹⁰ Cass. com., 30 mai 2006, *Bull. civ.* IV, N° 132, *Revue des contrats*, 2006, p. 1.072, obs. Yves-Marie Laithier, p. 1.159, obs. Philippe Delebecque y p. 1.224, obs. Susanne Carval, Dalloz, 2006, p. 2.288, nota Denis MAZEAUD y p. 2.646, obs. Soraya Amrani-Mekki y Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Contrats, conc., consom.* 2006, N° 183, obs. Laurent Leveneur, *RTD civ.* Dalloz, Paris, 2006, p. 773, obs. Patrice Jourdain.

en 2007¹¹, la jurisprudencia pareció dejar de lado el criterio que implicaba virtualmente la constatación hecha en la sentencia de 1996 donde la cláusula “contradecía el alcance del compromiso hecho”. En efecto, la sala comercial pareció plantear como principio que la cláusula de responsabilidad debe sistemáticamente ser reputada como no escrita cada vez que atañe a la obligación esencial, importando poco la medida en la cual la reparación se encuentra limitada. Radicalizando la jurisprudencia *Chronopost*, dio la impresión de prohibir de manera general toda limitación de reparación relativa a la inejecución de una obligación esencial. Eso equivalía, sino en teoría, por lo menos en la práctica, a enterrar las cláusulas limitativas; incluso respecto de las que revisten un real interés para los que las ejercen –que en general están estipuladas– y que son las que tocan la prestación principal del deudor. Flaco favor, no desprovisto de hipocresía por lo demás, que el de anunciar a los contratantes que podrán siempre limitar su responsabilidad por inejecución de obligaciones accesorias a las cuales están obligados... Esta falta de moderación no dejó de suscitar algunas reservas doctrinales...¹² que quizá no quedaron sin eco, a juzgar por los últimos movimientos jurisprudenciales.

2. Últimas evoluciones

3. Sentencia EDF

Sin rehacer en detalle su análisis desarrollado en otra parte¹³, merece ser señalada primero la reciente sentencia EDF del 18 de diciembre de 2007, puesto que pareció suavizar la doctrina de la Corte de Casación y hacerla más aceptable¹⁴. Invitada a pronunciarse sobre la decisión de una corte de apelaciones que había validado la cláusula limitativa de reparación que EDF inserta en sus contratos relativos al suministro de electricidad, la sala comercial decidió:

“que habiendo notado que la cláusula litigiosa limitaba la indemnización únicamente para corte inopinado de corriente, salvo en caso

¹¹ Cass. com., 13 févr. 2007, Oracle, *Revue des contrats*, 2007, p. 707, obs. Denis Mazeaud y p. 746, obs. Susanne Carval, Defrénois 2007, p. 1.042, obs. Rémy Libchaber, *JCP G* 2007, II, p. 10.063, nota Yves-Marie Serinet y I, 185, obs. Philippe Stoffel-Munck, RLDC 2007, N° 2511, nota Grégoire Loiseau, Cass. com., 5 juin 2007, Extand, *RDC*, 2007, p. 1121, obs. Denis Mazeaud y p. 1.144, obs. Susanne Carval, *JCP G* 2007, II, 10.145, nota Dimitri Houtcieff, Dr. et patrimoine 2007, p. 95, obs. Philippe Stoffel-Munck, .

¹² Leveneur (n. 10); Laithier (n. 10); Carval (n. 10), así como Stoffel-Munck (n. 11).

¹³ Véase *Revue des contrats*, 2008, p. 262 y s. y 287 y s.

¹⁴ Cass. com., 18 déc. 2007, EDF, pourvoi N° 04-16069, D. 2008, p. 154, obs. Xavier Delpech y nota Mazeaud (n. 6), *JCP G* 2008, I, 125, N° 13, obs. Philippe Stoffel-Munck, *Revue des contrats*, 2008, p. 287 y s., obs. Geneviève Viney y p. 262 y s., nuestras observaciones.

de culpa lata del proveedor, la corte de apelaciones pudo concluir que dicha estipulación no tenía por efecto vaciar de toda sustancia a la obligación esencial de suministro de electricidad, caracterizando así la ausencia de contrariedad entre dicha cláusula y el alcance del compromiso suscrito”.

A la lectura de este argumento, tendríamos derecho, tal vez, a esperar que la Corte de Casación termine por admitir que una cláusula no debe ser repudiada sobre la única constatación de que apunta una obligación esencial¹⁵. Aun habría que verificar muy concretamente, teniendo en cuenta la extensión exacta de la limitación que establece, que traba los medios de acción del acreedor al punto de vaciar de todo alcance la obligación del deudor, lo que no sería siempre el caso... Sin embargo, es necesario mostrar cautela, puesto que la sentencia, leída en su globalidad, deja aún ciertas dudas¹⁶. Y ello, además, porque muy recientemente, el 4 de marzo de 2008, la sala comercial se pronunció de nuevo sobre la cuestión de una manera que no está desprovista de ambigüedad.¹⁷

4. La sentencia del 4 de marzo de 2008

Otra vez aquí, como en la sentencia EDF, una corte de apelaciones había rechazado descartar la aplicación de una cláusula limitativa, argumentando que esta última, en la especie, no tenía “como consecuencia contradecir el alcance de la obligación de reparar y revisar, suscrita” en un contrato de mantención-reparación. Esta vez, sin embargo, la sentencia es casada por defecto de base legal¹⁸, por no haber la corte de apelaciones

“explicado que la cláusula litigiosa, al incluir un límite financiero, no tenía por consecuencia, tanto por su objeto como por su efecto, contradecir el alcance de esta obligación de reparar y revisar”.

Evidentemente, la casación por defecto de base legal prohíbe toda interpretación zanjada. A lo más podemos proponer tres explicaciones. Primera explicación: esta sentencia, inscribiéndose en la línea de una interpretación optimista de la sentencia EDF, señala que la Corte de Casación exigirá, en el futuro, una caracterización manifiesta de la contradicción aportada por la

¹⁵ Véase MAZEAUD (n. 6), N° 17.

¹⁶ Véase nuestras observaciones en GENICON (n. 1), p. 265.

¹⁷ Cass. com., 4 mars 2008, pourvoi N° 06-18893, inédito.

¹⁸ “Le défaut de base légale”, o defecto de base legal es una clase de casación desarrollado por la jurisprudencia. Se define como la insuficiencia de las constataciones de hecho necesarias para que le sea posible a la Corte juzgar en derecho y así ejercer su control, porque la argumentación es incompleta o imprecisa (N. de T.)

cláusula limitativa a la obligación esencial. A título disciplinario, comunica a los jueces del fondo una firme exigencia de motivación en la materia, quizá un control de su apreciación. Segunda explicación: la sentencia proclama que un “límite financiero” contradeciría siempre, por sí mismo, el alcance de la obligación del deudor, y que no sería nunca posible, en tal caso, consentir en mantener la cláusula. Tal interpretación podría apoyarse en una comparación con la cláusula del contrato EDF, que había logrado caerle en gracia a los altos magistrados sólo porque concernía un tipo determinado de inejecución (“únicamente el corte inopinado”). El mensaje global sería, entonces, el siguiente:

“sí a las cláusulas limitativas que apuntan sólo a un tipo preciso de incumplimiento; no a las cláusulas limitativas que apuntan a todo incumplimiento de una obligación esencial, y eso cualquiera sea el ‘límite financiero’ previsto”.

No hay que rechazar apresuradamente esta interpretación si observamos que los hechos del caso muestran que, en esta ocasión, el “límite financiero” no era verdaderamente irrisorio... Pero en realidad, el contenido exacto de la cláusula invita más bien a formular una tercera explicación. La cláusula estipulaba que la responsabilidad del deudor era “en total limitada a un monto que corresponde al precio de sus arreglos, pero que no puede, sin embargo, sobrepasar la suma total de 1.000.000 FS” (véase el recurso anexado de la sentencia). Los arreglos se elevaron a casi €40.000, que era precisamente la suma que fue otorgada por concepto de reparación por la Corte de Apelaciones, sin que juzgara el monto insuficiente al punto de invalidar la cláusula. Ahora bien, justamente, ella no es seguida por la Corte de Casación y nos vemos tentados a pensar, otra vez más –con todas las reservas que pueda suscitar una casación por falta de base legal– que si es así, es porque, por principio, los altos magistrados quieren hacer entender que una cláusula que limita el monto de la reparación al monto del precio pagado es una de las cláusulas que contradice el alcance del compromiso hecho y que debe entonces, por esta razón, ser descartada... Obviamente, debe forma inmediata hacerse una referencia al caso *Chronopost*, pues recordamos que la empresa de mensajería rápida, justamente, entendía limitar su reparación al precio del envío en el sobre entregado. El círculo estaría cerrado, sin acallar las legítimas discusiones sobre el punto de saber si tal limitación es realmente irrisoria, lo que la sentencia del 4 de marzo de 2008 vuelve a poner a plena luz. Después de la claridad de la sentencia EDF, vemos que nuevamente el cielo se oscurece... los más grandes optimistas dirán que la jurisprudencia está en curso de reglaje y que, fiel a su manera de operar, procede a ajustes sucesivos. Los más pesimistas no verán más que

desorden e inseguridad jurídica. Sin elegir verdaderamente uno de los dos campos, preferiremos ver en estos movimientos una de las manifestaciones de un real malestar, de una vacilación, que atraviesa desde siempre una jurisprudencia que parece no querer elegir sus puntos de apoyo teóricos.

3. Intento de síntesis

5. Tomando un poco de distancia respecto de la evolución que sufrió el régimen de las cláusulas limitativas a lo largo del siglo XX, nos vemos forzados a constatar que la jurisprudencia no ha dejado de oscilar entre dos enfoques: uno centrado en la ejecución del contrato, y el otro en la formación del contrato. Eso explica directamente, por lo demás, por qué la sanción de la cláusula limitativa ha podido variar entre dejarla de lado (el rechazo de su aplicación) y reputarla no escrita (declinación original de la nulidad). En el origen, el control dependía sólo de la ejecución del contrato: los primeros instrumentos usados, que eran el dolo y, sobre todo, la culpa lata, consistían, por esencia, en examinar cómo el deudor se había comportado en la ejecución de su prestación.

La exclusión de la cláusula no venía de una especie de vicio congénito del contrato –que hubiéramos podido identificar, incluso, antes de que entrara en aplicación– sino que se apoyaba sobre una forma particular de incumplimiento (un incumplimiento grave y moralmente reprochable), apreciado durante la puesta en ejecución del pacto. El giro realmente visible fue, por supuesto, la sentencia *Chronopost* que, al optar por sancionar las cláusulas limitativas indeseadas sobre el fundamento de la causa, desplazó el control desde la ejecución hacia la formación del contrato, o quizá más exactamente, a su estructura interna, su contenido. En realidad, la redacción era más bien torpe, demostrando que el cambio no se hacía muy claramente en la mente de los magistrados¹⁹. Y, sin embargo, al plantear el principio apuntado por el artículo 1131, de que la estipulación de una cláusula limitativa equivale a privar de su contenido a la obligación esencial de un contratante y, por ende, de causa a la obligación de su cocontratante, la Corte de Casación terminó por dejar de lado el examen de los hechos de la inejecución. Con *Chronopost*, la pregunta ya no es escrutar lo que ha hecho el deudor, sino cómo el contrato está constituido, con el fin de identificar en su seno un vicio interno que lo mancha con una contradicción (una parte se compromete sin realmente comprometerse). Y los avatares de *Chronopost*, pronunciados en 2006 y en 2007, no han hecho sino afirmar esta aproximación, tanto como la sentencia EDF y la sentencia del 4 de

¹⁹ Véase Sophie GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, prefacio de Yves Lequette, Paris, Économica, 2006, N° 501, p. 254.

marzo de 2008, que invitan a los jueces de fondo a una radiografía *ex ante* del equilibrio general del contrato.

Se podrá concluir que esta evolución, hoy ha terminado. En efecto, hay que observar que, paralelamente a la magnificación de la jurisprudencia *Chronopost* –que ha llegado a ser más respetable, además, en vista de la sentencia EDF–, la noción de “culpa grave” ha vuelto, quizá, al seno de una definición puramente subjetiva. Es por lo menos lo que ha podido desprenderse de las “otras” sentencias *Chronopost* llamadas a definir la culpa grave susceptible de tumbar el techo reglamentario de la indemnización. Recordamos, en efecto, que se falló en esta ocasión que la

“culpa grave, cuya naturaleza es mantener a raya la limitación de la indemnización prevista por el contrato tipo de mensajería rápida, no podría resultar únicamente del incumplimiento de una obligación contractual, fuese ella esencial, sino que debe deducirse de la gravedad del comportamiento del deudor”,

esta culpa grave entendiéndose

“de una negligencia de una extrema gravedad, confinando con el dolo y denotando la inaptitud del transportador, maestro de su acción, para el cumplimiento de la misión contractual que aceptó²⁰.”

133

Asimismo, el régimen de las cláusulas limitativas se compartiría desde entonces entre un control (principal) en la fase de la formación del contrato y un control (muy secundario) en la fase de la ejecución, pero el punto de partida entre estos dos tipos de investigación sería, al fin, claramente establecido. Quizá podríamos resumir el régimen de cláusulas limitativas de la siguiente manera (pero con todas las reservas que evocamos):

- a) Las cláusulas limitativas son en principio válidas;
- b) Las cláusulas limitativas que apuntan a una obligación esencial pueden ser reputadas no escritas;

²⁰ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, 2 sentencias, *Revue des contrats*, 2005, p. 651, opinión de Gouttes, y p. 673, obs. Denis Mazeaud, *JCP G* 2005, II, 10066, nota Grégoire Loiseau, *JCPE* 2005, p. 1.446, nota Paulin, *Dalloz*, 2005, p. 1.864, nota Tosi, *Contrats*, conc., consom. 2005, comm. 150, nota Laurent Leveneur, *Resp. civ. et assur.* 2005, p. 175, nota Sophie Hoquet-Berg, *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. Patrice Jourdain, *D.* 2005, somm., p. 2.844, obs. B. Fauvarque-Cosson; Cass. com., 28 juin 2005, *JCP G* 2005, II, p. 10.150, nota Emmanuel Tricoire, *Contrats*, conc., consom. 2005, comm. 201, nota Laurent Leveneur; Cass. com., 13 juin 2006, *Revue des contrats*, 2006, p. 1.159, obs. Philippe Delebecque, *JCP G* 2006, II, p. 10.123, nota Grégoire Loiseau, *RTD civ.* 2006, p. 773, obs. Patrice Jourdain; Cass. com., 21 févr. 2006, *Revue des contrats*, 2006, p. 694, obs. Denis Mazeaud, *RTD civ.* 2006, p. 322, obs. Patrice Jourdain.

- c) Estas últimas no lo son sistemáticamente: solamente lo son si el equilibrio general del contrato es tal que estas cláusulas privan a la obligación esencial de su verdadero alcance;
- d) Al parecer no se da dicho caso cuando la cláusula apunta simplemente a un tipo determinado de incumplimiento (sentencia EDF), pero lo será (siguiendo una cierta interpretación de la sentencia del 4 de marzo de 2008...) si, apuntando a toda inejecución de la obligación esencial, la cláusula limita financieramente la indemnización al solo precio de la prestación contractual;
- e) Una cláusula que ha pasado con éxito el *test* precedente no está, por lo tanto, definitivamente a salvo: el acreedor debe todavía abstenerse de incurrir en culpa grave (en su definición subjetiva, eso se entiende), lo que se destaca muy bien de una sentencia reciente que bloquea, sobre este fundamento, una cláusula limitativa que apunta a una obligación accesoria²¹.

Así reorganizado, el régimen de las cláusulas limitativas podría aparecer como un modelo de equilibrio. Aunque, primero, falta que la jurisprudencia afirme sus contornos y que una reforma futura no cometa lo irreparable, como un autor lo pudo temer²². Tal como se perfiló, este régimen tendrá después que ser siempre justo y practicable, algo de lo cual podemos dudar...

134

II. EL RÉGIMEN ACTUAL, CRÍTICAS

6. Si el régimen actual de las cláusulas limitativas no está a salvo de la crítica, es a la vez porque plantea un problema de metodología (A) y un problema de fondo (B) que, obviamente, no son extraños el uno al otro.

1. *Un problema de metodología*

7. El problema de metodología atiende a que hacemos de la obligación esencial el criterio clave del régimen. Esto es, no sólo nos hemos remitido a un criterio que, al uso, no revela realmente serlo (1), sino, también, hemos desplazado las investigaciones casi exclusivamente desde el terreno de la ejecución hacia el de la formación del contrato. De eso resulta un cambio importante en la naturaleza del control operado, lo que no es del todo oportuno, ya que, en adelante, se juzgará la precisión de la cláusula

²¹ Cass. com., 4 mars 2008, pourvoi N° 07-11790.

²² Véase MAZEAUD (n. 6), N° 19, que demuestra por qué las disposiciones del anteproyecto de reforma del Derecho de las Obligaciones y de la prescripción, suscitan inquietudes por el hecho de la dificultad que hay para conciliarlas (art. 1125, al. 2 y 1382-2, al. 1^{er}).

haciendo abstracción de lo que el deudor ha hecho en la práctica, de la manera y de la medida en la cual incumplió sus obligaciones (2).

a) La obligación esencial, una falsa promesa

8. Es el principal pilar sostenedor del régimen actual de las cláusulas limitativas el que quizá vacila. En efecto, todos han advertido que la piedra angular del régimen, que se centra principalmente en el control del contenido del contrato, es la definición de la obligación esencial. Sin embargo, ésta es mucho más inasible de lo que podríamos pensar. No es que esta noción sea siempre inutilizable, es, más bien, bastante subjetiva y, por último, difícilmente predecible. Es muy revelador que en su estudio fundador, Philippe Jestaz, después de haber estudiado la magnitud de su utilización, termine por concluir que no podría ser más que una “logomaquia si no le encontramos una explicación jurídica”²³. No es sorprendente, entonces, que haya sufrido críticas, por lo menos en cuanto pretendería dibujar con certeza y de antemano los contornos exactos del ámbito de validez de las cláusulas limitativas. No es necesario realizar para ello una larga demostración que, por lo demás, ya ha sido efectuada²⁴. Quisiéramos simplemente mostrar aquí, más práctica que teóricamente, en qué medida la calificación de una “obligación esencial”, por ser impredecible y fluctuante, no puede ser operativa. Basta para eso apuntar a las contradicciones y a los giros dramáticos de los que ha sido objeto, incluso, recientemente. De pronto, el 18 de diciembre de 2007, la obligación de continuidad en el suministro de corriente ya no es para EDF una obligación esencial (o una fracción de su obligación esencial)²⁵, mientras que, el 8 de noviembre de 2007, se había decidido que el carácter continuo de una conexión a INTERNET era parte integrante de “la obligación esencial, justamente calificada de resultado”, del proveedor de acceso²⁶. Y hay que recordar que el 24 de septiembre de 2002²⁷, la primera sala civil de la Corte de Casación había, en esa oportunidad, fallado que, en razón de las interrupciones de suministro de EDF, una corte de apelaciones había “caracterizado, tomando en cuenta la obligación esencial de EDF y la gravedad de los daños para su cliente, la existencia de una falta grave”, siendo la obligación expresamente calificada de “obligación de resultado”... El fenómeno no tiene, por cierto, nada nuevo, ya que mientras la Corte de Casación afirmaba

135

²³ Philippe JESTAZ, “L’obligation et la sanction: à la recherche de l’obligation fondamentale”, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273.

²⁴ Véase entre otros, HOUTCIEFF (n. 11); MAZEAUD (n. 6), N° 20.

²⁵ La Corte se refiere al contrato EDF como un “(...) contrat dont l’obligation essentielle résidait dans la fourniture d’électricité, sans garantie de continuité”.

²⁶ Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, pourvoi N° 05-20637.

²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, pourvoi N° 99-13537.

en su sentencia fundadora de 1863 que “es de la esencia del contrato de arriendo que el arrendador se obliga a (...) mantener (la cosa arrendada) durante todo el plazo del arriendo”, fallaba en 1945²⁸ que “la obligación para el arrendador de mantener la cosa (...) y de permitir que el arrendatario goce de ella apaciblemente durante el tiempo del arriendo no era de la esencia del contrato de arriendo”, sugiriendo otra vez lo contrario en una sentencia de 1955...²⁹. La doctrina, por su lado, no se quedó atrás, porque lo que es una obligación esencial para un autor no lo es para otro (por ejemplo, comparar a propósito, el respeto por *La Poste* de las formalidades aplicables a la distribución de correos certificados, Laurent Leveneur para quien se trata de una obligación esencial³⁰, y Philippe Delebecque³¹, que piensa lo contrario). Por lo demás, ¿cómo atrevernos a censurarlos, cuando se ha fallado, no sin sorpresa, que la simple obligación de localización de la cosa entregada es una obligación esencial en el contrato de comisión de transporte, y que algunos creyeron muy legítimamente develar en un fallo reciente del 13 de febrero de 2007 “un análisis muy comprensivo de la noción de obligación esencial”³².

9. La verdad es que la puesta en evidencia de “una” obligación esencial es a menudo un espejismo, sostenido por un análisis doctrinal muy abstracto de los compromisos: en realidad, el contrato es generalmente heterogéneo y estalla en una miríada de obligaciones más o menos separables las unas de las otras; sólo la trama de prestaciones paralelas y sucesivas terminan por constituir, por aglomeración, un núcleo central. Difícil, entonces, desenredar la madeja, la división entre “una” obligación esencial y “unas” obligaciones accesorias no está desprovista de artificio: de cerca o de lejos, todas las obligaciones del contrato pueden ser consideradas como parte integrante de la obligación esencial, porque están todas puestas al servicio de la plena realización del objeto de la convención. En suma, lo que llamamos obligación esencial (y a suponer, justamente, que el empleo del singular sea verdaderamente realista...), lejos de ser de un solo tenor, hace más bien pensar, trivialmente, en una cebolla: una sucesión de envolturas cubriéndose las unas a las otras, sin que nunca se sepa realmente en qué instante terminar de pelarla para encontrar, en fin, el corazón del pacto. Y es muy precisamente por esta razón que las calificaciones jurisprudenciales son tan impredecibles y variables: todo depende del instante en que se decide dejar de “pelar” el contrato...

²⁸ Cass. civ., 28 mai 1945.

²⁹ Cass. civ. 2^e, 17 févr. 1955, *JCP G* 1955, II, 8951, nota Rodière. Sobre las fluctuaciones de estas sentencias, véase JESTAZ (n. 23) pp. 285-286.

³⁰ Obs. bajo Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, *Contrats*, conc. consom. 2008, p. 14.

³¹ Nota bajo el mismo fallo, *JCP G* 2007, II, p. 10.176.

³² LOISEAU (n. 11).

Al final, ya que no se puede predecir con total seguridad que tal obligación del contrato es una obligación esencial o una parte suficientemente importante de una obligación esencial, no podemos predecir de manera segura que la cláusula limitativa de reparación que la apunta será admitida a sobrevivir o no. El sistema, en realidad, promete mucho más de lo que puede: tienta a los observadores con una previsibilidad que no puede cumplir. Y, como toda promesa falsa del Derecho, eso no está exento de peligros. Más vale no prometer que incitar a falsas previsiones...³³. Lo que permite presentir, por lo demás, que la identificación de una ofensa a la esencia del pacto debería hacerse más en función de lo que ha sido exactamente suministrado por el deudor, una vez el proyecto puesto en ejecución, porque es en este preciso instante que sabremos si el objeto se ha o no realizado. Es desde ya poner el acento sobre el segundo problema de metodología.

b) Del control del incumplimiento al control de la formación del contrato: un desplazamiento lamentable

10. Como hemos dicho, la jurisprudencia *Chronopost* consagró un cambio radical de perspectiva: el control de las cláusulas limitativas de responsabilidad devino en un control de validez y no en un control de su ejecución, como es tradicionalmente el caso, vía la culpa grave. Claro, la culpa lata, dicen, era un falso pretexto desde que la habían objetivizado, y la sentencia *Chronopost* no habría hecho más que poner de manifiesto lo que se hacía desde hace tiempo en la sombra: desactivar las cláusulas tocantes a una obligación esencial. La afirmación contiene una gran parte de verdad, eso es cierto, sin embargo, ignora una aproximación mucho más matizada que fue pasada a llevar por la lógica extremista de la sentencia *Chronopost* o, más precisamente, de las aplicaciones que de ella se han hecho en 2006 y 2007. En efecto, gracias al fallo EDF, bien parece que volvemos hoy de estas omisiones. Solamente, cuando el fallo EDF sugiere (quizá) afinar el control, invita a ejercer esta moderación únicamente respecto del equilibrio global del contenido del contrato, mientras que la jurisprudencia antigua, que pasaba por la culpa grave, procedía de manera distinta, moderando el control en función de la extensión y de la naturaleza del incumplimiento constatado, así como de las consecuencias concretas del incumplimiento para el acreedor. Lo que no es para nada lo mismo...

137

³³ Si, por ejemplo, debemos concluir de la sentencia EDF que el suministro de energía no descansa sobre una obligación esencial de continuidad, incitamos a los prestatarios de servicios (como un proveedor de gas para uso industrial) a insertar cláusulas limitativas, y a suscribir un techo de seguro en consecuencia. Pero, ¿es tan segura la solución jurisprudencial?

Esto es precisamente lo que podemos lamentar, porque se priva entonces de elementos de análisis muy pertinentes para determinar si el juego de la cláusula es o no legítimo. Volveremos sobre este punto en detalle. Pero lo que es importante destacar desde ya, es que el análisis del contenido del contrato impide una aproximación realmente detallada y, de alguna forma, falsea la mirada de los jueces, obligándolos a ver un desequilibrio contractual donde, en los hechos, no existe necesariamente. Llegamos al problema de fondo.

2. Un problema de fondo

11. El problema de fondo radica en que cuando se inserta una cláusula limitativa, el sistema tiene una tendencia natural a considerar como gravemente desequilibrado un contrato que no necesariamente lo es. Este régimen sin sutilezas, al final muy injusto, es el efecto conjugado de un doble movimiento:

1. uno que consistió, sin decirlo, en prohibir las cláusulas totalmente excluyentes de responsabilidad (cláusulas de no responsabilidad) referidas a una obligación esencial (con todo el peligro de imprevisibilidad que comporta tal referencia, ya lo vimos).
2. el otro que consistió en asimilar demasiado fácilmente las cláusulas limitativas de responsabilidad referidas a una obligación esencial con una cláusula de no-responsabilidad.

a) Una condena lamentable de las cláusulas de no-responsabilidad

12. La prohibición de las cláusulas de no-responsabilidad tocantes a una obligación esencial es necesariamente subyacente a la jurisprudencia *Chronopost*. Porque si afirmamos que debe ser reputada como no escrita la cláusula que limita de manera irrisoria la reparación del incumplimiento a una obligación esencial, tiene que ser igual, *a fortiori*, en el caso de la que la excluye totalmente. Ahora bien, de manera contraria a lo que tendemos a creer, tal principio no se da por sentado. En efecto, la cláusula de no-responsabilidad no tiene nada que ver con una cláusula de no-obligación. De la misma manera que podemos entender que esta última sea nula por principio cuando toca la esencia del contrato (porque está entonces manchado con una verdadera contradicción interna y la obligación del acreedor se encuentra esta vez realmente privada de causa), podemos también dudar seriamente de elegir la misma solución para la primera. ¿Diríamos que estas dos cláusulas son equivalentes? En absoluto, porque mientras la cláusula de no-obligación redefine el contenido del contrato, tachando una obligación que se encuentra normalmente en él, la cláusula de no-responsabilidad deja

perfectamente intactos los deberes del deudor³⁴. Éste queda plenamente obligado a ejecutarlo, el *debitum* (*Schuld*) sigue siendo el mismo. Y si a veces tendemos a pensar lo contrario, es porque creemos que la cláusula de no-responsabilidad viene a aniquilar la *obligatio* (*Haftung*), a pretexto de que la responsabilidad contractual no podrá ser entablada. Sin embargo, como lo habían demostrado muy justamente Henri, Léon y Jean Mazeaud³⁵, ello no es así; no sólo porque el dolo y la culpa grave permitirán descartar la cláusula (lo que demuestra claramente que el deudor no puede negarse a cumplir, y que, por tanto, está obligado) sino, también, y quizá, sobre todo, porque la *obligatio* sigue expresándose plenamente a través de las otras sanciones al incumplimiento del contrato, lo que a menudo tendemos a descuidar³⁶. Aceptamos creer, claro, que la excepción de inejecución no será más que un paliativo, o que la ejecución forzada en naturaleza podrá revelarse ilusoria. Pero, primero, eso no será siempre así y, además, la resolución por incumplimiento estará casi siempre disponible, por tratarse precisamente de un incumplimiento a la obligación esencial (y, sobre todo, porque la imposibilidad para el juez de conceder indemnizaciones lo incitará a pronunciar tal medida...)³⁷. Mejor decir entonces que por el funcionamiento de las restituciones, el acreedor estará casi siempre asegurado de recobrar el precio de la prestación que ha ejecutado por su lado. Claro, eso podrá parecer insuficiente, pero sobre esto justamente podremos discutir. Lo que importa por el momento es destacar que no podemos, sin tomar un atajo peligroso, afirmar que la cláusula de no-responsabilidad, porque concierne una obligación esencial, priva necesariamente de causa a los compromisos del acreedor. Porque de toda evidencia, los del deudor no han desaparecido, ya que no están desprovistos de sanción...

139

³⁴ Para este análisis, véase Cass. com., 22 mai 1991, *Gaz. Pal.* 1992, p. 561 (tratándose no de una cláusula de responsabilidad “mais d’une clause qui détermin[e] l’étendue des obligations contractuelles des parties”, los jueces del fondo no tienen que buscar la existencia de una culpa grave del banco). Últimamente, véase también Cass. civ. 3^e, 27 sept. 2006, Bull. civ. III, N^o 194, *JCP* 2007, I, 115, N^o 12.

³⁵ Henri, Léon y Jean MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Ed. Montchrestien, 1950, N^o 2540, p. 679, que, razonando ya en el terreno de la causa, muestran que los contratos que contienen una cláusula de no-responsabilidad no están desprovistos de ella. Sabemos que el razonamiento será ampliamente retomado al día siguiente del fallo *Chronopost*, para criticarlo.

³⁶ Véase LAITHIER (n. 10).

³⁷ En cuanto a considerar que una cláusula de no-responsabilidad implica de manera implícita renuncia a otras sanciones por incumplimiento, no podríamos afirmarlo sin grandes riesgos. Sería forzar ampliamente la interpretación de una disposición que, en razón de los peligros que presenta, no puede ser interpretada sino estrictamente. Desde este punto de vista, no podría ser relacionada con la política (muy estricta) de interpretación de las cláusulas resolutorias.

b) Una apreciación discutible del equilibrio del contrato

13. No se da por sentado que lo que acabamos de decir respecto de la cláusula de no-responsabilidad vale *a fortiori* respecto de la cláusula limitativa de responsabilidad, aun cuando el monto estipulado es irrisorio. Pero se agrega a lo anterior una desviación de la jurisprudencia, en cuanto a la determinación de este carácter irrisorio, que condujo a cuestionar cláusulas acusadas casi mecánicamente de desequilibrar todo el contrato, aunque no siempre era así. Eso resaltaba, con gran evidencia, de las aplicaciones extremistas que se hicieron de la jurisprudencia *Chronopost* por las sentencias de 2006 y de 2007, que llevaban a considerar que toda cláusula limitativa, por el solo hecho de apuntar a una obligación esencial, irrefragablemente presumía contradecir el alcance de esta última, sin importar cuán cómodo sea el techo financiero previsto. Desde esta óptica, la obligación esencial era considerada, por principio, como vacía de contenido (y entonces la cláusula, reputada no escrita), ya que el deudor no obtenía su plena y entera reparación, lo que es por lo menos discutible... Podemos esperar que la sentencia EDF haya corregido estas conclusiones abusivas: los jueces deberán demostrar que la obligación está “efectivamente” vacía en todos sus alcances. Sólo –y aquí está lo esencial–, queda acotar con exactitud qué es lo que entendemos por ello. En realidad, tomando en cuenta lo que hemos dicho de las cláusulas de no-responsabilidad, en nuestra opinión, tenderemos a considerar que ello no ocurrirá nunca. Pero los jueces no lo entendieron así, y no podremos decir con certeza cuándo la cláusula cuidará suficientemente los intereses del acreedor.

Así como un autor lo destacó, desde que la Corte de Casación eligió remitirse a la teoría de la causa, se hace necesario, en toda lógica, que hiciera coincidir “el fundamento sobre el cual descansa la regla protectora y su campo de aplicación”³⁸. Los jueces deberían obligarse a verificar que la cláusula limitativa y el equilibrio general del contrato son de tal naturaleza que los compromisos del acreedor no están desprovistos de causa, entendida como una contrapartida real. Siendo así, volveríamos a traer la jurisprudencia *Chronopost* al seno de una jurisprudencia secular que asimila al defecto de causa, la causa irrisoria (pensemos en la nulidad de la venta por precio vil)³⁹. Pero, dirán, se trata sólo de un revestimiento técnico y, aun cuando desde este punto de vista la causa es seguramente más satisfactoria que el recurso a la obligación esencial, todo depende al final de lo que se entiende poner detrás de estas palabras. Causa real, contradicción a la

³⁸ MAZEAUD (n. 9).

³⁹ Cass. req., 1^{er} mai 1911, S. 1911, 1, p. 459.

obligación esencial, equilibrio del contrato, etc., poco importa, en última instancia: la verdadera cuestión es trazar la frontera de lo irrisorio y, a este respecto, las políticas jurídicas pueden variar según la idea de que uno se hace del arbitraje entre libertad y justicia contractuales.

Precisamente, al observar los últimos movimientos jurisprudenciales, parece que lo “irrisorio” del límite de indemnización ya no lo es tanto. Apreciándose con mayor amplitud, llega a ser en realidad lo “insuficiente”... De este modo, la sobrevivencia de las cláusulas limitativas estaría hoy subordinada a la estipulación de un techo suficientemente alto para caerle en gracia a los jueces. La sentencia del 14 de marzo de 2008, que significa quizá que el valor de la prestación no es un techo suficiente, deja pensar que la jurisprudencia parece haberse encaminado en esta vía, lo que podemos lamentar.

III ¿UN RÉGIMEN FUTURO?

14. Prolongando todas las críticas que hemos hecho, podemos proponer una nueva apreciación en el fondo que sería más equilibrada (A), servida por otro método, que daría espacio –entre otros– a la consideración de los hechos de la inejecución (B). Uno llamando naturalmente al otro, porque una vez fijadas las orientaciones para decidir la suerte de la cláusula, nos daremos cuenta rápidamente de que el método que consiste en relegar el control al terreno de la formación del contrato es inadecuado.

141

1. Una nueva apreciación en el fondo

15. Nada es más delicado que determinar cuándo la cláusula desequilibra realmente el contrato. Primero, porque esta apreciación es susceptible de variar de un contrato a otro. Segundo, porque la apreciación es medianamente subjetiva y depende mucho de la idea de que uno se hace de las relaciones contractuales. Entonces, no es sorprendente que la jurisprudencia desde siempre haya estado en búsqueda de un compromiso tolerable. ¿Cabría recordar que, durante mucho tiempo, la jurisprudencia ha tratado las cláusulas de no-responsabilidad con la mayor reticencia?⁴⁰ Ella rechazaba considerarlas como lo que eran, haciéndolas producir “un simple efecto probatorio”: el deudor no estaba exonerado de pleno derecho de su responsabilidad, teniendo la cláusula como consecuencia, únicamente, la de

⁴⁰ Sobre la historia y la evolución jurisprudencial relativa a estas cláusulas, véase el completo comentario en François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2000, tome 2, N^{os} 164-165, p. 132.

obligar al acreedor a probar la culpa. En realidad, eso ya era una manera de invalidarlas. Posteriormente, los jueces se mostraron mucho más liberales, aceptando hacerles producir su verdadero efecto, como siempre lo habían hecho con las cláusulas simplemente limitativas. Pero la barrera de la culpa lata tomó el relevo y los escrúpulos de los jueces, más tolerantes que entusiastas respecto de estas cláusulas sospechosas, dieron forma a esta noción hasta la definición objetiva que conocemos. Únicamente, como hemos dicho, la última apreciación, la de la jurisprudencia *Chronopost*, nos parece excesiva y habría que reequilibrar las fuerzas con un nuevo compromiso.

Permítase aquí bosquejar algunas propuestas que, por lo demás, pueden ser combinadas entre ellas. Las formularemos de la manera más neutra posible, para presentarlas a la reflexión. No todas tienen, por lo demás, nuestra adhesión porque hay algunas que siguen tropezando con ciertas críticas que hemos formulado (1). Aislaremos la que tiene nuestra preferencia (2).

a) Primer grupo de propuestas

16. Primera propuesta

Es la que menos se aleja de la jurisprudencia actual. Consiste, en primer lugar, en tomar acta de que los jueces, al parecer, no aceptarán volver a discutir sobre la prohibición de las cláusulas de no-responsabilidad. Para ellos, como para una parte de la doctrina, la reserva de la culpa grave, el auxilio de la ejecución forzada y sobre todo la resolución, “¡basta! Es muy pequeño, muy negativo”⁴¹, razón por la cual habría que considerar estas garantías como insuficientes para fundar los compromisos del acreedor. A continuación, quedaría fijar la frontera de validez de las cláusulas limitativas. Y al respecto, habría que terminar de manera definitiva con la jurisprudencia “liberticida”⁴² de 2006 y de 2007 que neutralizaba todas las cláusulas de reparación por el solo motivo de que se referían a la obligación esencial. Se trataría, en suma, de afirmar solemnemente el enfoque mucho más fino de la jurisprudencia EDF, a la que podríamos agregar una precisión. En efecto, para elaborar esta jurisprudencia, y para evitar los riesgos de abusos que la sentencia del 4 de marzo de 2008 permite todavía temer, sería una buena política obligar a los jueces del fondo a proceder en dos tiempos: obligarlos, primero, a recalificar la cláusula limitativa como cláusula de no-responsabilidad; a deducir, sólo en un segundo tiempo, que, por esta razón, la cláusula contradice el alcance del compromiso tomado (y entonces debe ser reputada como no escrita). Pero dirán que esta obligación preli-

⁴¹ JESTAZ (n. 23) p. 247.

⁴² MAZEAUD (n. 6), N° 8.

minar de recalificación no es más que una precaución aparente. Esto no es cierto, pues, de esta manera, orientamos los poderes del juez hacia un ejercicio restrictivo. Obligarlo a proclamar que tal cláusula limitativa vale como cláusula exoneratoria, lo obliga en forma automática a profundizar sus investigaciones para asentar efectivamente esa afirmación y ponderar su decisión. Al respecto, por lo demás, tendríamos un gran interés en retomar el estudio de la jurisprudencia del siglo XX que practicaba esta recalificación y que, por etapas, había llegado a fijar como principio que

“para apreciar el carácter irrisorio, no basta[ría] con constatar, intrínsecamente que la indemnización [era] mínima en relación con el perjuicio sufrido, todavía [había] que tomar en cuenta la contrapartida que [podía] resultar, por ejemplo, en una reducción del precio”⁴³.

Como sea, nos damos cuenta de que esta etapa intermedia no es vana, invirtiendo la perspectiva: el juez tiene las manos mucho más libres (y entonces es mucho más peligroso) si le permitimos evitar esta fase de recalificación, porque se ve, entonces, tentado de aniquilar las cláusulas limitativas más allá de las que equivalen, sin duda alguna, a cláusulas elusivas. Lo “irrisorio” del límite se aprecia más ampliamente, para llegar a ser en realidad lo “insuficiente”. Es aquí donde empiezan los abusos.

143

Segunda propuesta

Podría consistir en restablecer la antigua jurisprudencia que no denegaba todo efecto a las cláusulas de no-responsabilidad, pero les daba un mero efecto probatorio. Obviamente, reservaríamos el mismo destino a las cláusulas limitativas irrisorias, cuando pueden ser recalificadas como cláusulas de no responsabilidad. Sería una manera de hacer algunas concesiones a las cláusulas de no-responsabilidad porque, así como lo veremos, no son siempre económicamente ilegítimas. Este truco probatorio es un modo de zanjarse a la manera de Salomón. La cláusula tendría por mero efecto transferir los riesgos vinculados a toda responsabilidad sin culpa a la persona del acreedor, lo que es, en la práctica, perfectamente defendible. Desde luego, sabemos que esta antigua corriente jurisprudencial había sufrido graves

⁴³ Boris STARCK, Henri ROLAND y Laurent BOYER, *Les obligations*, Paris, Litec, 1998, vol. 2: Contrat, N° 1873, pp. 654-655. Sobre esta evolución jurisprudencial, véanse los destacados desarrollos de René RODIÈRE, “Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats”, in *RTD civ.*, Paris, 1954, p. 201, en particular N° 10, p. 219 y s., así como MAZEAUD (n. 35), N° 2591, p. 738, y el conjunto de jurisprudencia citada por estos autores.

críticas⁴⁴, sea que hagamos valer que su fundamento (la responsabilidad delictual) era herético en razón del principio de no cúmulo de las responsabilidades contractual y delictual; sea por que tales cláusulas no tenían ningún efecto para las obligaciones de medios (que suponen de todos modos la prueba de la culpa). Pero ahora ninguna de estas críticas tiene alcance. Hoy, nada obliga a los interpretes a reanudar una explicación fundada sobre la responsabilidad delictual (la cuestión del fundamento, por lo demás, no es tan importante; sólo la solución –en forma de compromiso– cuenta). En cuanto a la especificidad de las obligaciones de medio, no porque la cláusula sea inútil en cuanto a éstas deberíamos dejar de darle alguna utilidad respecto de la obligación de resultado. Visto el nuevo contexto jurisprudencial, la elección ya no está entre dar a estas cláusulas un pleno efecto exoneratorio o darle un mero efecto probatorio: la elección está ahora entre conferir este último efecto o denegarle cualquier efecto. Y, en todo caso, podríamos vernos tentados de darles, por lo menos, algún alcance para las obligaciones de resultado en vez de negarle todo efecto respecto de todas las obligaciones. Puesto que son precisamente las obligaciones de resultado, como veremos, las que cristalizan lo esencial del debate.

Tercera propuesta

144

Podría ser una variante de la precedente, si estimamos, no sin razones, que obligar al acreedor a aportar la prueba de la culpa del deudor es un compromiso que no es suficiente ventaja para el deudor (siendo la carga de la prueba una trampa). Así, podríamos mantener el equilibrio entre la primera y la segunda propuesta, podríamos dar un efecto, incluso, más restringido a la cláusula de no-responsabilidad (o asimilada): “el de permitir al deudor probar que no ha incurrido en culpa alguna”⁴⁵. Volvemos a encontrar la figura probatoria bien conocida de la obligación de medio reforzada que ofrece una posición relativamente cómoda al acreedor, así como ofrece al deudor “el efecto ya apreciable de la cláusula (...) de permitirle establecer útilmente que su conducta ha sido irreprochable”⁴⁶. Ello podría esta vez aparecer como una solución transaccional, haciendo tolerable las cláusulas de no-responsabilidad.

Cuarta propuesta

Es la que había incidentalmente formulado Paul Esmein en su artículo de 1926 y que consistía en cortar por lo sano y un poco brutalmente el dilema de los magistrados, es decir... imatemáticamente! Si nos damos cuenta de que las cláusulas de responsabilidad (elusivas como limitativas) no mere-

⁴⁴ Sobre las cuales véase TERRÉ et LEQUETTE (n. 40), en particular N° 10, pp. 137-138.

⁴⁵ Paul ESMEIN, “Les clauses de non-responsabilité”, in *RTD civ.*, Paris, 1926, p. 332.

⁴⁶ *Ibid.*

cen ser prohibidas por principio, pero, al mismo tiempo, nos rehusamos a reconocer una perfecta (o casi perfecta) inmunidad al deudor, “la solución (podría consistir) en prohibir eliminar por convención la totalidad de la responsabilidad” y entonces “una fracción (...) debería siempre quedar a cargo del deudor”, por ejemplo, “un décimo”⁴⁷. La propuesta podrá parecer poco refinada, a veces inadecuada, pero habrá que reconocerle el mérito de la eficacia, de la claridad y de la previsibilidad.

Quinta propuesta

Se apoya en una constatación frecuente. Si la jurisprudencia *Chronopost* pudo impactar, es a menudo porque se detectó que la cláusula limitativa de reparación puede inscribirse en una negociación global, y participar de un equilibrio general del contrato, sabiamente dosificado por los socios comerciales. La cláusula, en efecto, puede ser aceptada mediante un sacrificio del deudor que se beneficia de ello y una ventaja correlativa de la que se aprovecha el acreedor, siendo el caso más frecuente la reducción del precio. Es muy cierto, entonces, que erradicar la cláusula perturba el equilibrio contractual así convenido. Podríamos decir, incluso, no sin ironía, que al arriesgarse en el terreno de la causa, la Corte de Casación cayó en su propia trampa, porque no percibió que la supresión a posteriori de la cláusula de responsabilidad podría llegar a privar de causa, precisamente, a la concesión que había sido hecha por el deudor para permitir su inserción... Pero lo que queremos destacar aquí, es que si “la irresponsabilidad, total o parcial, se compra”⁴⁸, tendrá que tener un precio, y además, ino irrisorio! La causa, otra vez..., pero esta vez la usaríamos para invertir completamente la perspectiva: habría que validar sólo las cláusulas que son justamente causadas. Y ésta podría ser la quinta propuesta: las cláusulas de responsabilidad serían válidas sólo si se encuentran justificadas por una contrapartida recibida del deudor por el acreedor. Aquí, otra vez, para no dar a este último una ventaja ilusoria, correspondería al deudor establecerla. ¿Decisión autoritaria, diríamos? Pero hemos creado las cláusulas de no-competencia. A esto hay que agregar que en su oportunidad erradicaremos por efecto reflejo todas las cláusulas de responsabilidad que no son más que el resultado de un abuso de poder del socio más fuerte (siempre que no logre probar qué concesión ha hecho para obtenerla). Sin embargo, son precisamente estas cláusulas las que esencialmente contaminan los debates en la materia...

⁴⁷ ESMEIN (n. 45), p. 342.

⁴⁸ Boris STARCK, “Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité”, en *Dalloz*, Paris, 1974, p. 157.

b) Propuesta principal: poner el régimen de las cláusulas limitativas al diapasón de su función

17. Como lo había observado Jean-Pierre Niboyet, el problema de las cláusulas de responsabilidad enfrenta al jurista a dos tipos de consideraciones distintas. Un problema técnico y un problema de oportunidad social⁴⁹. Y le parecía que, no porque la validez de una cláusula de responsabilidad sea defendible en su aspecto técnico, es socialmente oportuno admitir siempre su aplicación: “pasamos la fase técnica, nada se opone a la validez de estas cláusulas. Tenemos una nueva barrera ante nosotros: ¿será oportuno tolerar estas cláusulas?”⁵⁰. Nos parece que es exactamente así como hay que tomar la dificultad: primero hay que identificar cuándo las cláusulas de responsabilidad son socialmente útiles y cuándo son socialmente nefastas (a), para desprender de esta apreciación la infraestructura, por así decirlo, sobre la cual se apoya la técnica jurídica que permite al juez juzgar la eficacia de las cláusulas (b).

i) Lo útil y lo injusto de las cláusulas

18. Para mostrar en qué medida las cláusulas de responsabilidad son socialmente nefastas, invocamos con facilidad las situaciones abusivas en las que el deudor, después de haber prometido maravillas, se retracta estipulando una casi irresponsabilidad, incluso, en caso de inejecución total. De esta manera, carga todos los riesgos de la inejecución sobre su contraparte contractual, sin que esta última haya obtenido una contrapartida por esto. Peor aun, la cláusula puede ser “una invitación a la impericia o a la negligencia”⁵¹. En suma, si las cláusulas de responsabilidad suscitan el recelo, es porque sospechamos que están, casi por naturaleza, impregnadas de discrecionalidad: no queremos que ofrezcan al deudor la posibilidad de no respetar sus compromisos saliendo, además, beneficiado. Pero este legítimo temor no debería conducir a una condena por principio, quedando, a la vez, un elemento importante de apreciación en la determinación del régimen aplicable a estas cláusulas. Poner como axioma inquebrantable, como tiene tendencia a hacerlo la influencia jurisprudencial *Chronopost*, que cada vez que a un deudor que estipula una cláusula limitativa, se le asegura una puerta de salida, no sólo es un prejuicio gravemente erróneo sino, más generalmente, un desconocimiento completo del espíritu general que conlleva estas cláusulas.

19. Mostrar en qué medida las cláusulas de responsabilidad son socialmente útiles llegó a ser algo fácil desde que Boris Starck, en su artículo de

⁴⁹ Jean-Pierre NIBOYET, *Répétitions écrites de droit civil, 2^e année, Les cours de droit, 1938-1939*, Paris, Les Cours De Droit, 1939, p. 280.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 280.

⁵¹ STARCK (n. 48).

1947⁵², redactó una lista de sus méritos según un método que recuerda el del análisis económico del Derecho. Son estos méritos puestos a la luz⁵³ los que ciertamente explican por qué la práctica nunca dejó de recurrir a ellas. Primero, se trata de liberar a las empresas “(...) del temor paralizante de una responsabilidad demasiado pesada”, lo que les incitaría “a la acción y al empleo de técnicas cada vez más audaces”⁵⁴. Segundo, estas técnicas “hacen el seguro posible y financieramente soportable”⁵⁵, lo que beneficia de manera indirecta al socioeconómico, pues el costo de las primas siempre repercute en el precio. Por lo demás, puede ser el acreedor mismo quien prefiere cubrir el riesgo del incumplimiento por su seguro a un costo menor de lo que impondría el deudor por un aumento de precio⁵⁶. Finalmente, se argumenta que la competitividad de las empresas francesas está reforzada frente a la competencia extranjera, que podría beneficiarse por su lado de este tipo de cláusulas. En suma –y aquí está lo esencial–, respondiendo la invitación expresa del artículo 1150⁵⁷ (“[...] las indemnizaciones previstas o que pudieron ser previstas al momento del contrato [...]”), la práctica encuentra en las cláusulas limitativas un instrumento privilegiado de “previsibilidad”, nervio de la guerra en materia contractual. La decisión de comprometerse en un contrato descansa siempre sobre un cálculo de riesgo y es imperativo, al umbral del compromiso, dominar los riesgos. Además, estadísticamente, la cláusula no es por lo general un instrumento de traición futura, porque en la mayor parte de los casos, el deudor no busca escapar de sus compromisos, ni aun sólo por razones comerciales: busca calcular con precisión a cuánto podrá ser obligado para saber si la operación es, en su conjunto, suficientemente rentable para que se comprometa.

Obviamente, respondemos al instante que ante nada, corresponde al deudor respetar sus compromisos: primero se debe culpar a sí mismo si tiene que pagar importantes indemnizaciones que no son el fruto de la casualidad. De lo contrario, la fuerza mayor le ofrece de todas maneras una puerta de salida. Sin embargo, esta oposición entre un deudor obligatoriamente vituperable y un deudor del todo inocente no corresponde exactamente a la realidad del contencioso del incumplimiento, mucho más complejo, a

⁵² STARCK (n. 48), N° 3, p. 157 y N° 71, p. 164.

⁵³ Véase *op. cit.*, entre otros, sus observaciones penetrantes al N° 71, p. 164.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 164.

⁵⁵ *Ibid.* (en cursiva en el texto).

⁵⁶ Georges RIPERT et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, 1957, tome II, N° 860, p. 316.

⁵⁷ Artículo 1150 del *Código Civil* francés: “El deudor sólo estará obligado al pago de daños e intereses previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte”. Traducción oficial disponible en www.legifrance.gouv.fr (N. de T.).

menudo más turbio y mucho menos zanjado. A menudo, el incumplimiento es hijo de la imprevisión, pero es lo suficientemente superable para no caer en la fuerza mayor. Como lo escribían Georges Ripert y Jean Boulanger,

“el deudor no debería cometer falta: pero hay algunas que son casi inevitables, y otras excusables. ¿Porqué el acreedor no podría renunciar con anticipación a su derecho personal de pedir indemnización (...)?”⁵⁸.

Es lo que condujo a Henri Lalou a considerar que, convencionalmente, “podemos relajar en los contratos la severidad de derecho común relativa a la apreciación de las faltas”⁵⁹. Y hay todavía más: sabemos muy bien que la responsabilidad contractual no se absorbe del todo en la culpa. Hay que tener plena conciencia de que hay incumplimientos imputables, pero no culpables. Sea que se trate de uno de los incumplimientos que, porque no son queridos y seriamente censurables, rozan la frontera del caso fortuito sin cruzarla. Sea que se trate de un riesgo, en el sentido más estricto del término, que el legislador o los usos contractuales decidieron hacer pesar sobre el deudor, riesgo casi inevitable en toda materia, pues existen pocas prestaciones sobre las cuales la fuerza humana tiene pleno dominio⁶⁰. Por lo demás, en una sociedad cada vez más exigente, el ámbito de las obligaciones de resultado no podía sino extenderse, mientras la fuerza mayor era apreciada con cada vez más rigor. Y Boris Starck, quien constata el primer fenómeno⁶¹, como René Rodière, quien constata el segundo⁶², vieron en el florecimiento de las cláusulas limitativas una “reacción de defensa”⁶³ de la práctica, lejos de ser ilegítima en este contexto.

Además, si aceptamos tratar el incumplimiento del contrato no sólo en términos de distribución de las culpas sino, también, en términos de repartición de los riesgos, podemos encontrar un papel perfectamente legítimo e, incluso, indispensable, para las cláusulas de responsabilidad.

ii) Un margen de maniobra: volver a pensar la reserva de la culpa lata

20. Tomando en cuenta el equilibrio entre las consideraciones que legitiman su eficacia y las que conducen a recusar su aplicación, las cláusulas de responsabilidad pueden llegar a hacerse un camino no despreciable.

⁵⁸ RIPERT et BOULANGER (n. 56), N° 867, p. 319.

⁵⁹ Henri LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1955, N° 512, p. 396.

⁶⁰ Comp. los destacables desarrollos de RODIÈRE (n. 43), en particular N° 9, p. 218.

⁶¹ STARCK (n. 48), N° 1, p. 157.

⁶² RODIÈRE (n. 43).

⁶³ STARCK, ROLAND et BOYER (n. 43), N° 1846, p. 647.

El *leitmotiv* que hay que mantener en mente cuando buscamos enmarcar las cláusulas limitativas es el siguiente: hay que poner el régimen de las cláusulas limitativas en armonía con su función, en particular con su función económica, la que justifica su utilidad social y, en definitiva, las legitima. Sin embargo, como hemos visto, las cláusulas son por lo general insertadas para asegurar una distribución anticipada de los riesgos no culpables o no evidentemente culpables del incumplimiento del contrato. La conclusión es simple: siempre que la cláusula se ejecuta en esta perspectiva, nada debería oponerse; pero cuando, al contrario, desborda sus estrictos límites, hay que bloquearla porque, contrariando su propio uso, permite una exoneración –total o parcial– que ya no es legítima. A decir verdad, este enfoque no es nuevo, ya había sido más o menos sugerido por Laurent Jossierand quien, interpretando con algo de libertad la jurisprudencia, consideraba que

“no admitía que el deudor pudiera usar una cláusula de no-responsabilidad contrariamente a su espíritu, a las consideraciones con que la habían dictado las partes, a las previsiones del acreedor; ella reprueba su abuso”⁶⁴.

Y le parecía que correspondía a los jueces sancionar al deudor que

“(…) desvió de su destinación el derecho que le confería la cláusula litigiosa de escapar a una condena a indemnizar, (que) así abusó de ella y que su responsabilidad revive entonces en toda su plenitud”⁶⁵.

Y, en efecto, no podemos sino constatar, a la luz de todo lo dicho, cómo la teoría del derecho-función encuentra su aplicación en la materia.

21. ¿Retocar la culpa lata?

En esta perspectiva, propusimos remitir la culpa lata al centro del régimen de las cláusulas limitativas, pero redefiniendo su noción⁶⁶. Perdónesenos retomar aquí lo esencial de estas palabras.

Se empezaría por descartar la concepción puramente objetiva de la culpa lata, que consistía en definirla como la que toca una obligación esencial (porque sería volver al punto de partida), preconizando un enfoque renovado. Al pensarlo, en efecto, la culpa lata podría ofrecer más flexibilidad, integrando también las preocupaciones que motivaron las innovaciones

⁶⁴ Laurent JOSSEIRAND, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1939, tome II, N° 624, p. 398.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Véase nuestras observaciones en GENICON (n. 1), p. 262 y s.

de la jurisprudencia *Chronopost*. Lo que se necesita es una “variable de ajuste”⁶⁷ y esta variable, que permitiría un tratamiento adecuado de cada hipótesis, podría ser encontrada en la culpa lata, que ya no sería la culpa lata objetiva, como hemos dicho, pero que no sería, tampoco, definida de manera subjetiva (la famosa “negligencia de una extrema gravedad que confina con el dolo y denota la ineptitud del deudor de la obligación en el cumplimiento de su misión contractual”). Partiendo del principio de que las cláusulas de responsabilidad o de reparación son siempre válidas, podríamos invitar al juez a usar distintas variables que haríamos interdependientes a la manera de vasos comunicantes: por un lado, la importancia –satisfactoria o escandalosamente irrisoria– del techo de responsabilidad tomando en cuenta la economía general de la convención y de las promesas con las que se tentaron; por el otro, el comportamiento adoptado en los hechos por el deudor al momento de la ejecución. El juez podría, entonces, elegir comenzando de las dos ideas siguientes:

- ¿podríamos decir que la severidad del juez en la determinación de la culpa lata debe efectuarse directamente en función de la importancia del sacrificio consentido por el deudor para la obtención de una cláusula de responsabilidad? Todo dependería del punto de saber si, de alguna manera, este deudor compró la indulgencia del juez (pagando el precio de ello al acreedor) y en qué medida. Mientras más importante haya sido el sacrificio consentido (incluso, vía una reducción más o menos sensible del precio), más podrá el juez mostrarse conciliador;
- en las hipótesis en que está de manifiesto que la inserción de la cláusula se ha hecho sin ninguna contrapartida (o, quizá más precisamente, en la medida en que esta contrapartida cesa de ser satisfactoria a la luz de la importancia de la limitación de responsabilidad), ¿podríamos decir esta vez que mientras más bajo es el techo de la indemnización y más se jactó de sus méritos el prestador de servicios, debemos mostrarnos más exigentes a su respecto y entonces el juez admitirá más fácilmente la culpa lata, privando de eficacia la cláusula limitativa? El grado de exigencia respecto del deudor se medirá, entonces, en función del monto de la cláusula de responsabilidad y de las promesas hechas. Hay algo aquí de equitativo: mientras más limitado esté el techo sin contrapartida, más derecho tiene el juez de mostrarse intransigente frente al deudor; mientras más elevado esté, más puede mostrarse comprensivo.

⁶⁷ Rappr. DELEBECQUE (n. 5), N° 171, quien, a propósito de la culpa lata, habla de “un véritable protée (...) un moyen d'équilibre entre divers besoins variables selon les genres de responsabilité”.

En suma, toda una gama de soluciones a la medida se presentaría al juez quien, combinando la apreciación del comportamiento exacto del deudor con el estudio del equilibrio contractual, abrazaría un método de definición de la culpa lata hecha de subjetivismo y de objetivismo. Este comportamiento, por lo demás, no tendría nada de revolucionario, porque ya sabemos que la jurisprudencia tendía a bajar el umbral de gravedad de la culpa lata en presencia de una cláusula de no-responsabilidad, y el comentarista de un fallo destacable del 7 de junio de 1952⁶⁸ ya destacaba que “los jueces del fondo califican mayoritariamente la culpa en función de las estipulaciones del contrato”. En este caso, se habían mostrado sensibles al hecho de que el vendedor “había formalmente prometido que, en razón del precio elevado convenido, superior al de las casas competidoras, el aparato entregado sería de una excepcional robustez...”⁶⁹.

22. ¿Abandonar la culpa lata?

Pero pensándolo bien, podríamos quizá ir aún más lejos para retocar estas primeras palabras. Porque el paso de la culpa lata, aun rectificando su noción, no está desprovisto de inconvenientes y vemos por lo menos dos de ellos.

Primero, la culpa lata debe ser probada por el acreedor, a falta de aplicación de la limitación de responsabilidad. De hecho, ello podría desembocar en poner a este último en una situación difícil, particularmente cuando le sea imposible establecer la causa exacta del incumplimiento lo que podría parecer lamentable para algunos.

Segundo, no hay que obviar la acción complementaria del artículo 1150 del *Código Civil*, que conduciría, cuando la culpa lata sea probada, a condenar al deudor a reparar los daños no previsibles. En este caso, eso podría parecer muy severo. El desvío de uso de la cláusula debería simplemente conducir a un retorno a la situación normal (es decir, una reparación relegada al daño previsible). En otros términos, podemos aprobar la función de la culpa lata para privar de aplicación la cláusula de responsabilidad, pero desaprobala si se trata de recargar la responsabilidad de Derecho Común. Sin embargo, siendo la noción clave que conduce a estas dos consecuencias, al menos formalmente, la misma, estamos de alguna forma obligados a ligarlas, lo que es muy lamentable. Es cierto que existen casos en que estaría justificado (pensamos en un dolo grosero), pero hay otros en que no lo estaría. El malestar viene de que proponemos abrir un poco la noción de “culpa lata” e, ideal-

⁶⁸ Cass. com., 7 juin 1952, *D.* 1952, p. 651.

⁶⁹ Véase también Cass. com., 20 déc. 1962, *Bull. civ.* III, N° 530, donde la decisión es manifiestamente dictada por la voluntad de atrapar al constructor en su propia trampa “si prodigue en promesses avant la passation du marché” y Cass. req., 27 nov. 1911, S. 1915, I, p. 113, nota Huguency.

mente, habría que poder aceptar esta concepción renovada para desactivar las cláusulas de responsabilidad, pero aceptar la definición subjetiva clásica (la “negligencia de una extrema gravedad que confina con el dolo (...)”) para extender la reparación a los daños no previsibles. A decir verdad, no tendría nada de chocante, porque vemos bien que la culpa lata no es usada con el mismo fin y descansa sobre fundamentos distintos. Incluso, podríamos no conmocionarnos con esta variabilidad de las definiciones, apoyándonos sobre la idea de que la culpa lata sería una noción funcional, es decir, una noción cuyo contenido varía según el uso que hemos hecho de ésta y de la finalidad que le es asignada. O, entonces, para evitar las confusiones de palabras, podríamos preconizar la introducción de una nueva noción propia para designar los incumplimientos susceptibles de descartar las cláusulas limitativas, sin conducir, por tanto, a una reparación de los daños previsibles: la “culpa grave”, por ejemplo. Pero podríamos ver en todo eso, bastante legítimamente, una fuente de complicaciones, poco práctica en definitiva⁷⁰.

23. Invertir la perspectiva

También, por estas dos razones, podríamos preferir otro análisis a saber: tomar las cosas al revés. En vez de decir que la cláusula podrá siempre aplicarse salvo en caso de dolo o de culpa lata, ¿por qué no invertir la perspectiva? Proclamaríamos, entonces, como principio –y eso podría ser establecido por la ley– que a un contratante no le está permitido excluir o limitar su responsabilidad, salvo para los incumplimientos que proceden de un hecho no culpable o de una culpa simple no intencional, causando un daño a los bienes de su contratante⁷¹. Por lo demás, esta idea, que encontramos quizá aplicada en una sentencia⁷², ¿no inspira acaso al artículo 1953, inciso tercero⁷³, del *Código Civil* relativo a la limitación de responsabilidad

⁷⁰ Véase, sin embargo, Gérard CORNU, “Regards sur le titre III du livre III du Code civil”, in *Les cours de droit*, Paris, Dalloz, 1977, N° 112: “De lege ferenda, il serait salutaire de mettre en place les degrés raisonnables (...) d’une aggravation interne de la responsabilité contractuelle en fonction de la gravité de la faute”.

⁷¹ Fórmula retomada y retocada de MAZEAUD (n. 35), N° 2540, p. 679 (“un contractant peut valablement stipuler qu’il ne sera pas responsable de ses fautes légères non intentionnelles susceptibles de causer un dommage aux biens de son contractant”).

⁷² “En présence d’une clause de non-responsabilité, les juges du fond sont tenus de rechercher si la faute, par eux retenue à l’encontre du débiteur, présente un caractère de gravité tel que ladite faute ne peut être couverte par la convention des parties”, Cass. soc., 15 juill. 1949, *RTD civ.* 1950, p. 60, obs. Mazeaud.

⁷³ Artículo 1953, inciso tercero del *Código Civil* francés: “En todos los otros casos, la indemnización debida al viajero, excluyendo toda limitación convencional inferior, está limitada al equivalente a 100 veces el precio de arriendo de la habitación por día, salvo cuando el viajero demuestra que el perjuicio sufrido resulta de una culpa del que lo recibe o de las personas de las por las cuales éste debe responder”. Desgraciadamente no existe

del hotelero? Siendo así, haremos coincidir muy exactamente el ámbito de eficacia de las cláusulas con su ámbito de legitimidad, si podemos decirlo así. Vemos en eso por lo menos cuatro ventajas.

En primer lugar, si queremos, podríamos desplazar más fácilmente la carga de la prueba hacia el deudor. El incumplimiento lo pone a priori plenamente en falta y le tocaría probar que no cometió ninguna falta o, que si cometió una, persuadir al juez de que no es verdaderamente censurable en razón de las circunstancias, del contexto, de la especificidad del contrato, del medio en el cual opera o, también, del equilibrio específico que había sido acordado. Por ejemplo, podrá hacer valer que el acreedor no podía esperar una prestación irreprochable en el caso de que se le había ofrecido dos precios y había elegido el más bajo. Además, y no es despreciable en la práctica, será obligado a aclarar las circunstancias exactas del incumplimiento, cosa mucho más fácil para él que para el acreedor. En suma, toca al deudor mostrar que utiliza la cláusula con toda legitimidad, es decir, que no deseó realmente el incumplimiento o que, de toda evidencia, no despreció el contrato: la sospecha de discrecionalidad que pesa siempre legítimamente sobre las cláusulas debe ser levantada por él, a falta de lo cual, la duda le perjudicará.

En segundo lugar, no estamos obligados a calificar de culpa lata el incumplimiento que conduce el juez a bloquear la cláusula. Descansando en la función de la cláusula y dentro de los contornos de su uso legítimo, el juez puede simplemente constatar que el deudor no llega a explicar el incumplimiento por uno de estos actos no imputables o una de estas faltas tolerables que debían dispensarlo de una plena reparación. Escapamos al reproche que podría haber consistido en denunciar una deformación oportunista de la noción de “culpa lata”, al mismo tiempo que llegamos a justificar por qué la cláusula es privada de eficacia sin que el deudor sea obligado al perjuicio no previsible en virtud del artículo 1150 del *Código Civil*. Por eso, el juez deberá constatar, además, una culpa lata, cuya carga de la prueba incumba esta vez al acreedor, lo que es, en suma, normal, pues nos apartamos del Derecho Común. La distribución de la carga de la prueba está equilibrada en su globalidad.

En tercer lugar, la apreciación del juez puede seguir nutriéndose de todos los criterios que habíamos propuesto para renovar la definición de la culpa lata, que podrían aquí ser reutilizados: sistema de los vasos comunicantes para poner en balance la importancia del sacrificio consentido por el deudor para la inserción de la cláusula, con su comportamiento efectivo, luego la importancia del techo de reparación con este mismo comportamiento; jactancia o reserva en la presentación de la prestación; coacción

para imponer la cláusula; extensión de la inejecución (total, parcial, venial, etc.). Cada vez, el juez hará su religión en función de estos elementos para decidir si está en presencia de uno de los incumplimientos que autoriza la cláusula. En cuanto a la variabilidad de las soluciones, no habría aquí, en nuestro sentido, nada chocante y se trataría, más bien, de un factor de adaptación apreciable: es bien cierto, por ejemplo, que lo que es una falta ordinaria en tal contrato concluido entre dos particulares no lo sería necesariamente en otro que enfrenta a un profesional avezado y a una empresa que pertenece a otro sector. El deseo de controlar estrechamente “ciertas actividades cuyo buen desarrollo es esencial para la vida económica”⁷⁴ podrá también interferir. Y de manera general, llegaremos a elegir entre los que se han hechos culpables de un comportamiento indigno y los que, más bien, han tenido mala suerte.

En cuarto lugar, entendimos que, en contra de la evolución empezada por la jurisprudencia *Chronopost*, volvemos a dar todo su espacio al análisis de los hechos del incumplimiento, que pueden de nuevo agobiar con todo su peso en la apreciación que lleva a la decisión de aplicar o de recusar la cláusula. Mejor aún, el análisis tal como lo formulamos aquí, permite más exactamente hacer la unión ente la formación y el incumplimiento del contrato. Haciendo eso, invitamos a la jurisprudencia a adoptar otro método.

154

2. Un nuevo método

24. Más que un nuevo método, se trata de reanudar, en gran medida, el método que fue el de la jurisprudencia a lo largo del siglo xx y que consistió en establecer el principio de la validez de las cláusulas de reparación (exoneratorias como limitativas) y, a la vez, en juzgar su eficacia a la luz de los hechos de incumplimiento. En efecto, es primero fundándose en el comportamiento del deudor y en las consecuencias del incumplimiento para el acreedor que la jurisprudencia pudo desactivar las cláusulas, vía la culpa lata. Desde luego, recordamos que la objetivación de la culpa lata, a la cual la jurisprudencia había llegado en su último estado antes el movimiento *Chronopost*, había ya influido sobre el análisis. Por tanto, y al mirar de más cerca, nunca había realmente cesado, apuntando, a la vez, a la violación de una obligación esencial y midiendo, al mismo tiempo, el alcance del incumplimiento. En efecto, cuando se proclamaba que el deudor había cometido una culpa lata porque había faltado a su obligación esencial, los jueces no se contentaban necesariamente con este dato en sí mismo porque se sumaba a ello el hecho de que el deudor había “total o

⁷⁴ DELEBECQUE (n. 5), N° 130.

casi totalmente” faltado a su obligación esencial⁷⁵, lo que podría finalmente incitar a considerar que no era tanto la noción de “obligación fundamental” la que desempeñaba un papel clave sino la del “incumplimiento fundamental”. A decir verdad, el abandono de este enfoque centrado en el incumplimiento del contrato, que nos parece caracterizado por la sensatez, es quizá el peor defecto de la jurisprudencia *Chronopost*, porque “es más riguroso y más justo situar el debate relativo a la suerte de las cláusulas limitativas de reparación en la fase del incumplimiento del contrato”⁷⁶. En efecto, incluso impregnándose de la lógica bien conocida de la jurisprudencia *Chronopost*, nos damos cuenta de que lo que buscamos aprehender vía la noción de “obligación esencial” o vía la causa es mucho más fácil de comprender una vez el contrato puesto en ejecución: más que buscar a priori, y en abstracto si el contrato tal como está estructurado “arruina” su utilidad desde el interior, es mucho más pertinente mirar, una vez el pacto puesto en aplicación, y una vez que todo está consumado, si por sus actuaciones, el deudor “arruinó” la utilidad del contrato porque el acreedor no obtuvo nada o casi nada, y porque el objeto (más que la causa) no se ha realizado finalmente. El ejemplo de la cláusula exoneratoria en caso de retardo en el cumplimiento es muy revelador al respecto: para decidir aplicar o descartar la acción de la cláusula, la jurisprudencia busca siempre medir la importancia del retardo. Si se trata de un retardo tolerable y que no generó muy graves consecuencias, los jueces aceptan la limitación o la exclusión de responsabilidad. Si el retardo es muy importante y condujo a un perjuicio tan considerable que el contrato se reveló no sólo inútil sino, incluso, nefasto para el acreedor, rechazarán aplicar la exoneración⁷⁷. Como sea, a la luz de lo que nos permitimos proponer anteriormente como modificaciones en cuanto al fondo, no estaremos sorprendidos de que invitamos a la jurisprudencia a dar media vuelta y reubicar lo esencial de su control hacia la fase de ejecución del contrato.

155

25. Por lo tanto, ¿equivale decir que ya no es cuestión, para nada, de la formación del contrato y del contenido del contrato? No, y quisiéramos aportar al respecto algunas últimas precisiones para mostrar cómo las cláusulas limitativas, más que obligar a formular una elección entre las dos grandes fases contractuales, constituyen verdaderamente un puente entre ellas.

⁷⁵ Véase netamente, Cass. civ. 1^{re}, 18 janv. 1984, *Bull. civ.* I, N^o 27 y Cass. com., 17 janv. 1984, *Bull. civ.* IV, N^o 20. Comp. la definición recientemente dada por el Consejo del Estado que apunta la falta “caractérisée par la violation grave par sa nature ou ses conséquences, de leurs obligations contractuelles, commise volontairement et sans qu’il puisse en ignorer els conséquences” (CE, 26 nov. 2077, Sté Les travaux du Midi, req. N^o 266423).

⁷⁶ MAZEAUD (n. 6), N^o 20.

⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 2004, *Revue des contrats*, 2005, p. 270, nota Denis Mazeaud, LPA 2006, N^o 113, p. 16, nota Cyril Grimaldi.

En efecto, al pensarlo bien, el camino que adoptamos equivale a construir el régimen de las cláusulas limitativas enunciando con anterioridad aquello por lo cual el acreedor podrá prevalerse de una exoneración y aquello por lo cual no podrá. Estableciendo como principio que podrá modular la indemnización sólo para los incumplimientos que proceden de un hecho no culpable o de una simple falta no intencional, se describe anticipadamente el incumplimiento susceptible de exoneración, aunque se trate, ya lo entendimos, de una especie de estándar jurídico, pues la culpa simple será variable y definida en función de las concesiones que habrá hecho el acreedor, de la importancia del techo de indemnización y de la manera cuya prestación ha sido presentada. Esto es, se reglamenta el contenido del contrato y consideramos necesariamente que una cláusula formulada en términos generales (lo que ocurre a menudo, el contrato que estipula una limitación de responsabilidad sin otra precisión) es nula por lo demás: volvemos a encontrar la figura clásica de la nulidad parcial, o quizá con mayor exactitud, podríamos decir, del “parcialmente reputado no escrito”. La cláusula es reputada no escrita sólo en aquello en que autoriza comportamientos que no son aceptables en relación con la economía del contrato, entre otros datos. Y si preferíamos conservar el enfoque desde la culpa lata, revisitada o no, la observación seguiría siendo válida: una cláusula que autoriza por anticipado al acreedor a cometer negligencias graves no es tolerable, porque no es admisible que el contrato no imponga al acreedor un mínimo de cuidado en la ejecución de sus prestaciones. Exonerarlo en este caso, equivale a hacer pesar sobre él una obligación desprovista de consistencia, contrapartida insuficiente a la prestación del acreedor... por donde volvemos a encontrar al teoría clásica de la causa que, por lo demás, explicaría mejor la excepción clásica que como lo hace la justificación tradicional por una presunción de intención dolosa. Justificación tradicional que no está exenta de peligro, en efecto, porque si nos fundamos en el adagio *Culpa lata dolo aequiparatur* –sostenido por la idea bien conocida de que el deudor no debe poder “tomar la máscara fácil de la tontería”⁷⁸–, sobre una presunción de culpa intencional, corremos el riesgo de ya no explicar la ineficacia de la cláusula cuando la prueba contraria es aportada...⁷⁹.

Como sea, el vínculo con la apreciación del cumplimiento del contrato se hace muy naturalmente, ya que se trata de confrontar lo que autoriza el contenido del contrato con lo que ha hecho después el deudor. Y es de la constatación de un desajuste que viene la sanción: el incumplimiento tal como es, medido en concreto una vez ocurrido, ¿corresponde o no a

⁷⁸ Léon MAZEAUD, “L’assimilation de la faute lourde au dol”, in *DH*, 1933, p. 49 et s., spéc. p. 53.

⁷⁹ Lo que era precisamente el deseo de MAZEAUD (n. 78), p. 53.

uno de los que autorizó abstractamente la cláusula, con anticipación? La respuesta dada por el juez a esta pregunta entrega la aplicación del techo de reparación.

26. Queda una última pregunta: ¿qué queda de la utilidad de la obligación esencial? ¿La pasaremos como pérdidas y beneficios? Nos vemos tentados de hacerlo porque, como se pudo constatar, esta noción ya no es útil en el sistema propuesto. Si rechazamos dar el paso es porque la noción, aun cuando está en búsqueda continua de identidad, seguirá siendo indispensable para determinar el campo de validez de las cláusulas de no-obligación. Más exactamente, no haremos nunca la economía, en este contexto, de una búsqueda de la esencia del contrato, sea para recalificar la figura contractual, sea para invalidar la cláusula. Porque siempre necesitaremos una barrera que limite la medida en la que las partes pueden amoldar el contenido de su acuerdo:

“se pueden aliviar las obligaciones del deudor; siempre se llega a una parte irreducible del contrato. Ella comprende la obligación principal sin la cual el contrato no tendría objeto, así como las obligaciones impuestas por una ley imperativa”⁸⁰.

A lo más, esta justa fórmula de George Ripert y Jean Boulanger permite recordar que en este control del contenido contractual, la obligación esencial no será la única noción a considerar: también habrá que tomar en cuenta la noción de “obligación de orden público”, lo que no necesariamente es lo mismo.

Por lo menos, por nuestra parte entendemos que la cuestión de la obligación esencial abandona el campo de las cláusulas de responsabilidad y opera un repliegue estratégico hacia las cláusulas de no-obligación. Estratégico, porque nuestro sistema jurídico no tiene en absoluto interés en dar la más amplia aplicación a una cuestión (la identificación de la mística obligación esencial) de una complejidad inaudita y que suscita las peores controversias. Si hubiera que convencerse de una vez por todas, por lo demás, bastaría con observar que es por haber cedido ante los cantos de esta bella incógnita que la jurisprudencia cayó en el abismo. En realidad, en la sentencia *Extand* del 5 de junio de 2007⁸¹, los jueces no han creído, necesariamente, que la obligación de localización continua puesta a cargo del comisionista de transporte era verdaderamente una obligación esencial. Si se han sentido obligados a designarla como tal, es porque se impusieron como única arma de desactivación de las cláusulas limitativas, la calificación de obligación

⁸⁰ RIPERT et BOULANGER (n. 56), N° 867, p. 318.

⁸¹ Cass. com., 5 juin 2007, (n. 11).

esencial. No hay duda, entonces, que han forzado esta calificación para llegar a cláusulas que podemos bloquear de otra forma. En vez de eso, todos los conceptos jurídicos son perdedores en este caso Chronopost: la noción de “obligación esencial”, que, de tanto ser manipulada para responder como pueda a las necesidades de la práctica, dejó de ser una noción identificable y operativa para no ser más que una fórmula peligrosamente trillada; las cláusulas limitativas de responsabilidad, también, golpeadas por una especie de *loi des suspects*⁸² ampliamente arbitraria, ya que las asimilamos, sin decirlo, a cláusulas de no-obligación. ¿Porqué no remitir finalmente a cada uno su justa ubicación, para el mayor beneficio del sistema en su conjunto?

27. Hay sólo dos imperativos: no condenar por principio las cláusulas de responsabilidad y no dejar de lado el análisis de los hechos del incumplimiento rechazando una influencia necesaria en el tratamiento de la cláusula. Para el resto, se ve, se ofrece al juez –o a la ley entera– numerosas herramientas para dosificar de la mejor manera los imperativos de la materia: distribución de la carga de la prueba; exigencia o no de una contrapartida identificada al insertar la cláusula; introducción de un mínimo imperativo de indemnización; reserva de la culpa grave o, más severamente, relegación de la eficacia de las cláusulas a ciertos tipos de incumplimientos limitados, etc. Tantos instrumentos entre los cuales elegir y que podemos combinar en función de una política jurídica que queda por determinar. Que el juez componga, según los equilibrios sutiles cuyo secreto tiene, lo que responde mejor a nuestra sed, a veces contradictoria, de libertad y justicia. Sólo queda esperar que acepte usar todos estos instrumentos de adaptación, que actúe con plena conciencia, y que se desligue de una vez por todas de una jurisprudencia tajante que no acostumbra.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPITANT, Henri, François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris Dalloz, 2008.
- CORNU, Gérard, “Regards sur le titre III du livre III du Code civil”, in *Les cours de droit*, Paris, editorial, 1977.
- DELEBECQUE, Philippe, “Régime de la réparation (...) Conventions relatives à la responsabilité”, en *Juris Classeur Civil, Code, art. 1146 à 1155, fasc. 21, spéc.*
- ESMEIN, Paul, “Les clauses de non-responsabilité”, in *RTD civ*, Paris, 1926.

⁸² Con la *loi des suspects* o ley de sospechosos, el autor hace referencia a la ley conocida como tal, promulgada durante el período del terror durante la Revolución Francesa, conocida por haber ampliado las categorías de crímenes contrarrevolucionarios de manera tal que se consideraba sospechosa a cualquier persona que no manifestara una militancia al ideal revolucionario (N. de T.).

- FAGES, Bertrand, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2007.
- GAUDEMET, Sophie, *La clause réputée non écrite*, prefacio de Yves Lequette, Paris, Économica, 2006.
- JESTAZ, Philippe, “L’obligation et la sanction: à la recherche de l’obligation fondamentale”, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985.
- JOSSERAND, Laurent, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Sirey, 1939.
- LALOU, Henri, *Traité pratique de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1955.
- MAZEAUD, Denis, “Clauses limitatives de réparation: les quatre saisons”, en *D.*, *Dalloz*, N° 26, Paris, 2008,
- MAZEAUD, Denis, *Revue des contrats*, 2007.
- MAZEAUD, Henri, Léon y Jean, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, Ed. Montchrestien, 1950
- MAZEAUD, Léon, “L’assimilation de la faute lourde au dol”, in *DH*, 1933.
- NIBOYET, Jean-Pierre, *Répétitions écrites de droit civil, 2^e année, Les cours de droit, 1938-1939*, Paris, Les Cours De Droit Dalloz, 1939.
- RIPERT, Georges et Jean BOULANGER, *Traité de droit civil, d’après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, 1957.
- RODIÈRE, René, “Une notion menacée: la faute ordinaire dans les contrats”, in *RTD civ.*, Paris, 1954.
- STARCK, Boris, “Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité”, en *Dalloz*, Paris, 1974.
- STARCK, Boris, Henri ROLAND y Laurent BOYER, *Les obligations*, Paris, Litec, 1998, vol. 2: Contrat.
- TERRÉ, François et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2000.