

Cuantificación contractual de daños y perjuicios. ¿Existen límites en el Ecuador?

*Contractual Quantification of Damages:
Are there Limits in Ecuador?*

Iván Leandro Plascencia Morales

Máster, Universidad de Salamanca

Salamanca, España

iplascencia@usal.es

<https://orcid.org/0009-0001-5765-9047>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.2>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



RESUMEN

Es necesario partir de una idea clara: el derecho de daños en el Ecuador durante décadas ha permanecido inmóvil respecto de la evolución continua que el resto de países a nivel mundial ha mantenido. Si bien existen varias aristas dentro del derecho de daños que se podrían abordar para procurar un análisis de posibles actualizaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales, esta investigación se centra en analizar a la base del derecho civil, es decir, a la voluntad y autonomía de las partes, al momento de estipular contractualmente la forma y el monto de resarcirse cláusulas penales acumuladas a daños y perjuicios. Las modificaciones que ha sufrido nuestra norma sustantiva civil durante el último siglo, si bien no han sido trascendentales o aclaradoras dentro del ámbito del análisis propuesto, por el contrario, nos han dejado la puerta abierta para visualizar el problema y las posibles soluciones desde una perspectiva más amplia, la de libertad contractual como pilar del derecho civil, por lo cual se efectuará un análisis doctrinario y jurisprudencial. Repotenciando las ideas primigenias de nuestro Código Civil, tras analizar si existen o no prohibiciones normativas, doctrinarias y/o jurisprudenciales a la definición y cuantificación contractual de daños y perjuicios, la conclusión es que podemos ejecutarlo libremente, como un remedio eficiente para el acreedor.

PALABRAS CLAVE: autonomía, contrato, daños, Ecuador, normativa, voluntad, libertad, resarcimiento.

ABSTRACT

It is necessary to start from a clear idea: the law of torts in Ecuador has remained immobile for decades with respect to the continuous evolution that the rest of the countries in the world have maintained. Although there are several aspects of tort law that could be approached to analyze possible doctrinal and/or jurisprudential updates, this research focuses on analyzing the basis of civil law, the voluntariness and autonomy of the parties at the time of contractually determining the form and amount of compensation for penal clauses accumulated to damages. The modifications that our substantive civil law has undergone during the last century, they have not been transcendental or clarifying within the scope of the proposed analysis, on the contrary, they have left the door open to visualize the problem and the possible solutions from a broader perspective, that of contractual freedom as a pillar of civil law, for which a doctrinal and jurisprudential analysis will be made. Re potentiating the original ideas of our civil code, after analyzing whether there are normative, doctrinal and/or jurisprudential prohibitions

to the definition and contractual quantification of damages, the conclusion is that we can execute it freely, as an efficient remedy for the creditor.

KEYWORDS: autonomy, contract, damages, Ecuador, regulation, will, freedom, redress.

FORO

INTRODUCCIÓN

En el tráfico contractual privado que manejan las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, para alcanzar a diario la consecución o ejecución de objetivos civiles y mercantiles mediante la prestación de servicios o la adquisición de bienes, no hay nada más habitual que la suscripción de contratos de toda índole que permiten alcanzar dichos fines.

Preceptúa el maestro Luis S. Parraguez Ruiz, que “El contrato es un fenómeno social demasiado importante como para seguir alentando sus viejos mitos y sustituir los antiguos por mitos nuevos. No es posible sustraerlo a los cambios que experimenta el permanente movimiento de la sociedad y de su entorno natural”.¹

Dentro de ese tráfico negocial entonces, lo que las partes buscan a toda costa es protegerse respecto de la relación que están entablando con su contraparte en virtud del riesgo inherente que implica confiar en un tercero para que ejecute algo a favor de quien contrata.² Siendo así, el acreedor contratante buscará dejar plasmado en el contrato, uno o varios remedios contractuales que le den tranquilidad respecto del dinero que está entregando a un tercero —deudor— para que cumpla una obligación.³

-
1. Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 92.
 2. Álvaro R. Vidal Olivares, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* 34, n.º 1 (2007): 41-59.
 3. Rubén Pérez Baile, “Incumplimiento de contrato de compraventa mercantil. Indemnización por daños y perjuicios al vendedor: caso práctico”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 15 (abril 2002): 180-2, <https://revistas.cefl.udima.es/index.php/cefllegal/article/view/15511>.

La tónica en el derecho ecuatoriano se ha circunscrito en entender, usar y moldear según la necesidad que cada negocio jurídico ha conllevado, el aprovechamiento de los remedios contractuales que el Código Civil como máximo cuerpo sustantivo tiene delimitados; procurando la creatividad cuando se toma de la doctrina los usos globalizados de otros remedios (cumplimiento forzoso, resolución, reducción de precio, indemnizaciones, etc.),⁴ pero que, aún son muy difusos cuando deben ser analizados en situaciones complejas, por los ojos de jueces y/o árbitros que al no tener como precedente un desarrollo doctrinario o jurisprudencial nacional amplio, optan por mantenerse conservadores al decidir.

Bajo este prisma, el presente análisis procura ahondar en la revisión y examen de la normativa ecuatoriana, repotenciando sus máximas o generalidades, subsumiéndolas en la doctrina nacional e internacional de fuente similar y en la escueta jurisprudencia que al respecto se ha desarrollado en el Ecuador, destacando de entre los posibles remedios de protección para el acreedor, la definición y cuantificación contractual amplia de daños y perjuicios.

GENERALIDADES DEL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Menciona la primera parte del art. 1453 que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o en las convenciones⁵. Artículo seguido —1454—, se define al contrato como un acto por el cual uno se obliga para con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa.⁶

A la connotación ya descrita del nacimiento de las obligaciones por medio de contratos, el mismo cuerpo normativo le ha sumado el efecto de la voluntad o consentimiento de las partes, al indicar, en el art. 1561⁷, que todo contrato es ley para estas, siempre que se encuentren debidamente celebrados.

La parte medular del clausulado antes expuesto nos remite a la conclusión —por definición de ley— de que los contratos debidamente celebrados son fuente de nacimiento de obligaciones entre dos partes, por la cual, un deudor

4. Ángel F. Pantaleón Prieto, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil* 6, n.º 4 (1993): 1727-8.

5. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1453.

6. *Ibíd.*, art. 1454.

7. *Ibíd.*, art. 1561.

se obliga a prestar un bien o servicio a favor de un acreedor,⁸ bajo un precepto o máxima del derecho civil, el de la autonomía de la voluntad que lo convierte en ley para ellos.

En palabras de los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: “Visto desde esta perspectiva, el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.⁹

La capacidad y atribución que tienen deudores y acreedores para crear, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas contractuales, es la base conceptual que permite concluir en derecho privado, en que todo aquello que las partes pacten y que no se encuentre confrontado con normas expresas, es permitido y, por tanto, puede constituirse en la base de obligaciones sinalagmáticas y ejecutables.¹⁰

Parafraseando a Luis S. Parraguez Ruiz, cuando acertadamente ratifica que nada puede sustituir a la voluntad de las partes en el ámbito negocial, o incluso citándolo cuando dice: “La simple manifestación de la voluntad —o la formación del consentimiento, como ella se expresa en el caso de los contratos— es presupuesto para su existencia”,¹¹ nos deja ratificada la posición de ser el contrato una absoluta ley para las partes, moldeado y decidido por ellas, en virtud de la máxima sobre la que reposa el derecho civil, es decir, el *pacta sunt servanda*.

GENERALIDADES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Indica con absoluta precisión Guillermo Ospina Fernández: “El deudor debe cumplir su obligación [contractual] de modo perfecto y oportunamente, y en caso de inejecución total o parcial de ella, o de ejecución imperfecta o

8. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Contrato y libertad contractual”. *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 49 (diciembre 2004): 15-21, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8545>.

9. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, t. I (Madrid: Tecnos, 2016), 19.

10. Luis Baena Cárdenas, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 345.

11. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato*, 375-6.

tardía, imputables a aquel, debe indemnizar al acreedor, los perjuicios que le haya irrogado”.¹²

Misma línea maneja nuestra norma sustantiva. El art. 1571 ratifica que los daños y perjuicios son la resolución indemnizatoria por una obligación incumplida de no hacer una cosa.¹³ En otras palabras, el deudor que no debiendo ejecutar un acto lo ha hecho, lo resolverá indemnizando al acreedor.

El art. 1572, por su parte, amplía las posibilidades subsumidas en “no ejecutar un acto”, a aquellas descritas como: i. en caso de no cumplirse; ii. en caso de cumplirse imperfectamente; o, iii. en caso de haberse retardado en el cumplimiento.¹⁴ Todas estas posibilidades —escuetas, por cierto, al profundizarse por el legislador— son las que originan el deber general de resarcir daños y perjuicios, según nuestra legislación.

Bajo este paraguas escueto pero suficiente que otorga nuestra normativa, surge la primera duda que procuraremos responder por medio de este análisis. ¿Acaso cualquiera de las condiciones descritas en los párrafos previos (no hacer algo, hacerlo imperfectamente o hacerlo retardadamente)¹⁵ no son condiciones que los remedios contractuales buscan mitigar al incluirlos en los contratos que suscribimos a diario? La respuesta es firme, sí; todas estas posibilidades pueden ser previstas mediante la inclusión de cláusulas de remedios que pueden o no conllevar indemnización por daños en caso de incumplimiento.

Bajo el esquema general que maneja nuestra legislación, al tener el acreedor que demandar por el incumplimiento de un contrato, este puede requerir el cumplimiento o la resolución y —en cualquiera opción— sumar la pretensión de los daños y perjuicios si los ha sufrido. Doctrinariamente hablando, Guillermo Ospina Fernández identifica al perjuicio del acreedor como: “El daño o detrimento que experimenta por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida”.¹⁶

12. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 91.

13. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1571.

14. *Ibíd.*, art. 1572.

15. Luis Armando Tolosa Villabona, “De los principios del derecho obligacional y contractual contemporáneo”. *Estudios Socio-Jurídicos* 19, n.º 2 (2017): 13-61, <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>.

16. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121.

Como quedó establecido, la duda que procurará absolver este análisis es si se podría estipular desde la suscripción del contrato, la posibilidad y la forma de resarcir esos daños y perjuicios; pues, de cualquier manera, son siempre complicados de demandar, probar, cuantificar y cobrar.

LA CLÁUSULA PENAL COMO INSTITUCIÓN RESARCITORIA PARCIAL DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Por fuera del manejo que la doctrina ha realizado al analizar la figura de la cláusula penal como garantía personal, de carácter condicional y, de si la misma corresponda a un contrato accesorio del principal o que deba estar inmerso en el contrato principal o conste por separado a este,¹⁷ lo que es necesario comprender para el presente análisis es su concepto y alcance.

De conformidad con lo indicado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: “pena convencional es la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero que el obligado se compromete a satisfacer, al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación”.¹⁸

En tal sentido, uno de los más usuales remedios contractuales manejados en el tráfico comercial es la cláusula penal. El art. 1551 del Código Civil¹⁹ define que, por dicha institución, una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal o de retardar su cumplimiento.

Sin embargo, lo que da origen al análisis propuesto es el abanico de opciones que otorga el art. 1559 del Código Civil, mismo que, en resumen, indica: i. se puede pedir la pena más la indemnización de perjuicios, siempre que así quede pactado en el contrato; y, ii. queda en arbitrio del acreedor requerir la indemnización o la pena.²⁰ Entonces, y sin darle un calificativo mayor, terminaría siendo *incongruente* el que la norma sustantiva supuestamente no te permita pactar como remedios una cláusula penal y además la posibilidad de reclamar

17. Carlos M. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil* (Quito: Oni Grupo Editorial, 2019), 321-3.

18. Díez-Picazo y Gullón, *El contrato en general...*, vol. II, t. I, 160.

19. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1551.

20. *Ibid.*, art. 1559.

daños y perjuicios, pues, al parecer, dispone potestativamente en la segunda parte del artículo, que el acreedor debe escoger entre uno de los dos remedios.²¹

Hay varias formas de analizar la supuesta prohibición. Una cosa es acumular en dos rubros denominados de diferente manera el mismo concepto de fondo —lo cual podría oponerse a un sentido de buena fe contractual y, por tanto, estar errado— y otra,²² establecer condiciones contractuales amplias que cubran totalmente el riesgo del acreedor, usando ambas figuras al mismo tiempo.

Es importante recalcar que la buena fe contractual, al ser el pilar sobre el que se sostienen las relaciones sinalagmáticas, debe ser la base y la guía sobre la cual descansen los remedios contractuales y, por tanto, si dicha *bona fides* permite en el negocio pactado la mantención del equilibrio de sus partes contractuales, mediante la acumulación de remedios (cláusula penal y daños y perjuicios), a todas luces resultaría posible así manejarlo.

Al respecto, Luis Claro Solar nos retrotrae a un análisis primigenio del derecho romano e indica: “Esta regla, que data del derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia”.²³ A continuación, ejemplificaré la posición, con varias posibilidades.

Primero: que se pacte una pena moratoria (intereses) calculada en la cantidad de dinero relativa al contrato —posiblemente la pagada por el acreedor para la prestación—, lo cual se interpreta como el valor del dinero en el tiempo y que, además, se defina un valor relativo al daño emergente y al lucro cesante, que por supuesto conlleva distintos conceptos y pueden ser mayores por la envergadura o tipo de contrato o, incluso, que sin definirlos, se permita reclamar a futuro daños y perjuicios que los pueda cuantificar un juez por esos mismos conceptos.²⁴

21. Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, n.º 6 (julio 2012): 27-46, <https://doi.org/10.24310/REJIE.2012.v0i6.7773>.

22. Jassir Alvarez Estrada, “La libertad contractual del consumidor en Colombia: ¿límite o realidad? Contratos de adhesión. Condiciones generales del contrato-cláusulas abusivas”. *Erga omnes* 1, n.º 1 (2009): 136-65, <https://doi.org/10.22519/22157379.241>.

23. Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII (Santiago: Editorial Nascimento, 2013), 571.

24. Inmaculada Vivas Tesón, “El derecho contractual antidiscriminatorio: *drittwirkung* y liber-

Segundo: que se pacte una cláusula penal de indemnización compensatoria, pero que esta sea irreal o basada en una proyección no comprobada de resarcimiento real por el incumplimiento contractual y, que se deje abierta la posibilidad de cuantificar el exceso del resarcimiento que no esté incluido en la cláusula penal, mediante el uso de soportes documentales o, nuevamente, que se pueda demandar por los daños y perjuicios que sobrepasen esa proyección inicial realizada y cuantificada contractualmente.²⁵

En ambos ejemplos, que además no terminarán siendo taxativos respecto del inmenso mundo del tráfico contractual y sus posibilidades, todo dependerá de la forma adecuada de redactar en los contratos, la acumulación de la cláusula penal más los daños y perjuicios en beneficio del acreedor, lo cual sería perfectamente válido estipularlo y ejecutarlo, en virtud de lo indicado en la primera parte del art. 1559 del Código Civil.²⁶

En el mismo sentido, en un análisis similar pero a la legislación española, José Miguel Rodríguez Tapia manifiesta: “A pesar de la coincidencia doctrinal el Código Civil no está impidiendo que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso, y solo lo impedirá cuando se pacte expresamente lo contrario, de manera que es posible indemnizar al acreedor por el daño mayor a la pena estipulada, siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad, pues queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna”.²⁷

Cuando, por el contrario, pueda demostrarse por parte del deudor que económicamente la cuantificación de una cláusula penal más la de daños y perjuicios contractuales o de posible cuantificación posterior por un juez, impliquen para él la duplicación del resarcimiento por ser los mismos conceptos con nombre diferente o por causarle una reparación desproporcionada a la realidad contractual,

tad negocial”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, n.º 1 (2021): 672-92, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5976>.

25. Patricia Verónica López Díaz, “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el Iter Contractual”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 36 (diciembre 2018): 127-68, <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.05>.
26. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.
27. José Miguel Rodríguez Tapia, “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil* (1993): 511 y ss.

que pueda incluso caber dentro de un concepto de enriquecimiento injustificado, entonces allí se debería aplicar la segunda parte del 1559 del Código Civil.²⁸

Alessandri y Somarriva, citados por el profesor Guillermo Ospina, están en contra de que el acreedor pueda exigir —al tiempo— la pena y la indemnización de perjuicios, así estos se dejen expresamente salvos y que la pena tome carácter de apremio o sancionador por el retardo de la obligación principal. No participan en que no se vea afectado el derecho del acreedor, para que se le resarza por el incumplimiento total, parcial o defectuosos del contrato;²⁹ esto, como evidencia de una corriente conservadora de sujeción literal de las normas de códigos civiles latinoamericanos, en la primera mitad del siglo anterior.

Corroborando lo antes mencionado, la legislación española, con una misma base en cuanto al origen de la nuestra, si bien ha identificado a la cláusula penal como sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses, ha circunscrito en el art. 1101 de su Código Civil, que esa capacidad de sustitución es una norma no imperativa. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón lo ratifican: “Pero la norma del código civil, como ella misma indica, no es imperativa (si otra cosa no se hubiere pactado). Es en ausencia de esa voluntad cuando se entiende en función sustitutoria”.³⁰

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Llamamos indemnización moratoria al hecho por el cual el acreedor podría cobrar intereses por el solo retardo en el cumplimiento de la obligación.³¹ Nuestro Código Civil estipula que existen reglas para cuantificar los daños y perjuicios que pueda ocasionar la mora o retardo en el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, en el deber de pagar una cantidad de dinero. Así, el numeral segundo del art. 1575,³² ratifica que, no se requiere justificar perjuicios para cobrar intereses y se entienden, por tanto, dos temas totalmente diferentes.

28. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.

29. Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, t. III (Santiago: Editorial Nascimento, 1962), 235.

30. Díez-Picazo y Gullón, *El contrato en general...*, vol. II, t. I, 160-1.

31. Hernando Ramírez Aristizábal, “Indemnización o sanción moratoria: jurisprudencia laboral”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 75 (diciembre 1986): 116-22, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5002>.

32. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1575.

En el mismo sentido, el art. 1553 del Código Civil³³ deja abierta la posibilidad —si se dejase estipulado en el contrato— de requerir el cobro de la pena moratoria por el retardo (intereses) y además el cumplimiento de la obligación principal, que podría conllevar como remedio el cuantificar los daños y perjuicios, por no extinguirse dicha obligación principal con la simple pena moratoria.

Ratificando esta posición, el art. 1569 del Código Civil³⁴ indica que, en obligaciones de hacer, el acreedor al constituir en mora al deudor puede requerir junto con la pena moratoria (intereses) que se le indemnicen los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento del contrato.

En el criterio de Carlos M. Ramírez Romero, solamente si la pena —se entiende la moratoria— fuere infinitamente inferior a la obligación principal, puede presumirse que se ha estipulado por el simple retardo en el cumplimiento y no para indemnizar la obligación principal.³⁵

INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA

Como su nombre bien lo indica, este tipo de cláusula penal lo que conlleva es la elección de que se reclame la pena en lugar del cumplimiento de la obligación principal, como compensación.³⁶ Es decir, el acreedor estará en la posibilidad de requerir el cumplimiento de la obligación contractual (lo que podría devenir en el remedio de cobrar o demandar daños y perjuicios) o en el pago de la cláusula penal.

La doctrina especializada española manifiesta que la cláusula penal no es sino un tipo de obligación facultativa, cuando se establece la posibilidad de que el deudor se libere de la obligación principal pagando la pena.³⁷

En conclusión, según nuestra legislación y jurisprudencia, en caso de indicarse expresamente en el contrato el hecho de que el pago o cobro de la cláusula

33. *Ibíd.*, art. 1553.

34. *Ibíd.*, art. 1569.

35. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 325.

36. Francisco José Cañal García, “Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges: análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014”. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n.º 387 (junio 2015): 141-8, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/4893>.

37. Enrique Ruiz Vadillo, “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”. *Revista de Derecho Privado* 59, n.º 5 (1975): 374 y ss.

sula penal es el resarcimiento total del daño causado al acreedor, no habría una posibilidad real de reclamar daños y perjuicios adicionales, a no ser que se deje liberada la opción en el contrato.

En palabras de Carlos M. Ramírez Romero: “Si la pena es compensatoria, esto es que se ha estipulado la pena por el incumplimiento de la obligación, no procede generalmente la acumulación de la pena con la obligación principal salvo en el caso de que la ley autorice esta acumulación o cuando se ha estipulado en el contrato que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”.³⁸

Arturo Alessandri, asimismo, maneja su teoría —podría decirse— complementaria sobre la acumulación del tipo de penas, al indicar: “La regla general en el Derecho es que la pena sea compensatoria, de modo que en los casos de duda acerca del carácter de la pena, o si las partes no han dicho nada, el juez debe inclinarse por la pena compensatoria, y en consecuencia no ordenará su acumulación con la obligación principal. Pero, no hay ningún inconveniente para que puedan acumularse la pena compensatoria con la moratoria”.³⁹

De aquí es que nace la conclusión, de la necesidad de la estipulación contractual amplia y suficiente en favor del acreedor, para el resarcimiento o estabilización de la condición en la que se encontraba antes de contratar.

PERJUICIO DEL ACREEDOR Y LÍMITES EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Perjuicio en concepto del maestro Guillermo Ospina Fernández es: “el daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que les es debida”.⁴⁰

Es necesario que exista perjuicio real hacia el acreedor para que el deudor se vea obligado al deber de indemnizar.⁴¹ El interés jurídico del acreedor se

38. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 325.

39. Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil. Teoría de las obligaciones* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1988), 137.

40. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121.

41. Rubén Pérez Baile, “Contrato de agencia. Reclamación por daños y perjuicios: caso práctico”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 14 (marzo 2002): 192-4, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15475>.

debe ver vulnerado o no tutelado, para que nazca a la vida el daño que se le pueda ocasionar.

Si bien el incumplimiento del deudor podría ocasionar una cascada amplísima de perjuicios para el acreedor, esto no quiere decir que se deban indemnizar todos de una manera indefinida, sin límite o sin proporción.⁴² En un análisis objetivo, Philippe Malinvaud es preciso en advertir que, en general, la vida está marcada por la generación de daños que afectan a las personas (acreedores);⁴³ idea que se complementa con la de responsabilidad que plantea Marcelo López cuando menciona: “es obligación el reparar el daño causado por un acto contrario al orden jurídico”.⁴⁴

Conforme los códigos latinoamericanos de origen francés, la cuantificación del perjuicio habitualmente es una tarea atribuida al juez, conforme lo alegue, demuestre y cuantifique el acreedor.⁴⁵ Algunos autores indican en complemento que, tan solo excepcionalmente esa estimación del perjuicio puede tener un origen convencional o contractual,⁴⁶ lo cual ha sido corroborado por el análisis previo de la legislación ecuatoriana y los remedios también mencionados.

Como ha quedado previamente indicado, el límite más tangible en el resarcimiento de los daños y perjuicios a favor del acreedor es la duplicación de indemnización que este podría recibir en determinada condición. Este entendido surge de la idea del cobro automático de la cláusula penal, sumada a la posibilidad de demandar daños y perjuicios posteriormente.

Sin ser objeto de este estudio, un límite adicional a tomar en cuenta es la figura de la cláusula penal enorme que consta estipulada en nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 1560.⁴⁷ La misma, en palabras de Carlos Ramírez, implica: “Existe cláusula penal enorme cuando se ha pactado la pena por una cantidad

42. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121-4.

43. Philippe Malinvaud, *Droit des obligations* (París: Litec-LexisNexis, 2007), 369.

44. Marcelo J. López Mesa, *Presupuestos de la responsabilidad civil* (Bogotá: Editorial Astrea, 2013), 9-11.

45. José Ignacio Atienza López, “Contrato de viaje combinado: responsabilidad por daños y perjuicios”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 18 (julio 2002): 163-5, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15605>.

46. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 128-9.

47. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1569.

que exceda al duplo de la obligación principal. En este caso, podrá pedirse que la pena se rebaje en lo que exceda al duplo de la obligación principal”.⁴⁸

Sin entrar a profundizar en el análisis de la figura, la conclusión más evidente es que los reales daños y perjuicios podrían superar el duplo de la obligación principal; por lo cual, se ratifica la posición de redactar exclusiones en los contratos, incluso sobre este tipo de cláusulas, para no limitar la protección del acreedor.⁴⁹ Cuestión diferente es el que se estipulen cláusulas penales que sean contrarias a la moral o al orden público, por superar, con mucho, los reales daños y perjuicios causados.⁵⁰

Sin embargo, Guillermo Ospina indica en su análisis: “Si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal”,⁵¹ con lo cual, nuevamente la doctrina ratifica que, si se estipula en el contrato como acuerdo de las partes, cualquier acumulación procede.

CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL EN EL ECUADOR

CAUSA N.º 17113-2014-2589⁵²

El actor (propietario) reclama la resolución de una promesa de compraventa por incumplimiento de su objeto, además de la penalidad moratoria de USD 6000,00 por retardo del pago de las cuotas —incluso comprobada con la constitución en mora que realizó—, más un valor de uso y habitación contractualmente estipulado de USD 350,00 mensuales por 6 meses y, finalmente, daños

48. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 323.

49. Rubén Pérez Baile, “Entrega tardía de mercancías. Incumplimiento de contrato y reclamación por daños y perjuicios”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 13 (febrero 2002): 174-6, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15433>.

50. Antonio Salas Carceller, “Aportación de la jurisprudencia a la modernización del derecho de contratos”, en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, coord. Joaquín Ataz López y Carmen Leonor García Pérez (Navarra: Editorial Aranzadi, 2019).

51. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 152.

52. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Causa n.º 17113-2014-2589*, 22 de diciembre de 2022.

y perjuicios (solo reclama daño emergente) por la no firma —a tiempo— de la compraventa definitiva.

El demandado (comprador) objeta que el cobro de la penalidad de USD 6000,00 —pena moratoria—, lo es tanto de la pena como también de los daños y perjuicios (daño emergente), basándose en lo que menciona la cláusula sexta del contrato, que indica que se entenderá resarcido todo daño o perjuicio con el cobro de la penalidad moratoria.

Juez *a quo* y *ad quem*, fallan de manera incompleta (no sentencian sobre todas las pretensiones del actor) y el juez de casación, casa de la sentencia de apelación, con base en el art. 1559 del Código Civil,⁵³ y ratifica que, si no se estipuló contractualmente que se podían demandar la penalidad y además los daños y perjuicios, estos últimos no proceden.

La Corte Nacional, pudiendo a discreción corregir las sentencias previas para lograr equidad en beneficio de las partes, quizá desfavorables para el acreedor en mayor proporción, habría podido ratificar que las mensualidades de uso y habitación no fueron canceladas por el demandado y que, por tanto, los daños y perjuicios centrados en el daño emergente que se reclamaba sí eran un rubro distinto, cuantificable e indemnizatorio, diferente del cobro de la cláusula penal moratoria. Sin embargo, bajo un criterio conservador al no indicarse en el contrato, la posible acumulación no fue concedida.

CAUSA N.º 13337-2018-00844⁵⁴

Actor (adquirente licenciataria de un software) reclama daños y perjuicios de USD 300 000,00 entre daño emergente y lucro cesante, provenientes de un licenciamiento de producto, *software* defectuoso de administración, venta y cobranza de productos, que causó daños pecuniarios —pérdidas— que pudieron demostrarse.

El demandado (licenciante del *software*) objetó sin probar la inexistencia de los daños y perjuicios, pero subsidiariamente alegó la existencia de un contrato de licenciamiento, con cláusulas penales por incumplimientos, ratificando que

53. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.

54. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Causa n.º 13337-2018-00844*, 1 de septiembre de 2022.

deberían ser esas penalidades compensatorias las que debían cobrarse y no los daños y perjuicios cuantificados.

Juez *a quo* y de casación (juez *ad quem* acepta tesis del demandado), fallan al tenor del art. 1572, aceptando la prueba de la cuantificación de daños y perjuicios y rechazando la oposición de existir multas contractuales compensatorias, que cubran los reales daños causados o, que hayan existido renunciaciones contractualmente estipuladas, a demandar resarcimientos.

La Corte Nacional en esta ocasión, aun no habiéndose dejado salvo contractualmente el derecho de demandar daños y perjuicios, pero tampoco de sustituirlos o acumularlos con la multa o pena compensatoria, dio paso al reclamo de daños y perjuicios, consiguiendo equidad para el acreedor.

CONCLUSIÓN

El prisma amplio que nuestro Código Civil nos puede dar, para manejar una realidad negocial mundial cada vez más acelerada y vertiginosa, debe ser la base de la repotenciación de nuestra norma sustantiva, para lograr equidad y verdadera protección a favor de los acreedores de las relaciones contractuales.

La forma de redactar los remedios en los contratos, entre ellos, la acumulación de penas moratorias y compensatorias, e incluso la autorización específica o la no prohibición para demandar y/o cuantificar en el mismo contrato daños y perjuicios acumulables o adicionales o sustitutorios —dependiendo de la condición— a los de las cláusulas penales, debe convertirse en una costumbre negocial de protección contractual para el acreedor de la relación contractual.

El mejoramiento de la calidad de la vida negocial para los contratantes implica disminuir a su favor los riesgos de manejar el contrato e incluso si este debe concluir en un litigio.

Abogados, jueces y académicos estamos en la obligación de discutir mejores contratos, más específicos remedios contractuales y dar mayores coberturas a las partes negociales de la relación contractual, debiendo sujetarnos a los panoramas más progresistas que podemos visualizar en países de la región o de Europa, de cuyas doctrinas y avances jurisprudenciales, hoy en día podemos analizar y discutir mejoras como la planteada en este estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Ediar-ConoSur, 1988.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*. Santiago: Editorial Nascimento, 1962.
- Álvarez Estrada, Jassir. “La libertad contractual del consumidor en Colombia: ¿mito o realidad? Contratos de adhesión. Condiciones generales del contrato-cláusulas abusivas”. *Erg@omnes* (2009): 136-65.
- Atienza López, José Ignacio. “Contrato de viaje combinado: responsabilidad por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 18 (2002): 163-5.
- Baena Cárdenas, Luis Gonzalo. *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Cañal García, Francisco José. “Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges: análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014”. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF* 387 (2015): 141-8.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2005.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. “Contrato y libertad contractual”. *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 49 (2004): 15-21.
- Ecuador Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 15, 2015.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de los Civil y Mercantil. *Causa n.º 13337-2018-00844*. 12 de julio de 2018.
- . *Resolución de contrato 17113-2014-2589*. 9 de enero de 2014.
- Hernández Fraga, Katiуска, y Danay Guera Cosme. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)* 6 (2021): 27-46.
- López Díaz, Patricia Verónica. “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual”. *Revista de Derecho Privado*, 13 (2018): 127-68.
- López Mesa, Marcelo J. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Bogotá: Astrea, 2013.
- Malinvaud, Philippe, Mustapha Mekki y Jean Baptiste Seube. *Droit des obligations*. París: LexisNexis, 2023.

- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2016.
- Pantaleón Prieto, Ángel Fernando. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil* 46, n.º 4 (1993): 1719-46.
- Parraguez Ruiz, Luis S. *Régimen jurídico del contrato*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021.
- Pérez Baile, Rubén. “Contrato de agencia. Reclamación por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 14 (2002): 192-4.
- . “Entrega tardía de mercancías. Incumplimiento de contrato y reclamación por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 13 (2002): 174-6.
- . “Incumplimiento de contrato de compraventa mercantil. Indemnización por daños y perjuicios al vendedor”. *Revista Práctica de Derecho* 15 (2002): 180-2.
- Ramírez Aristizábal, Hernando. “Indemnización o sanción moratoria: jurisprudencia laboral”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 75 (1986): 116-22.
- Ramírez Romero, Carlos M. *Curso de Derecho Mercantil*. Quito: ONI Grupo Editorial, 2019.
- Rodríguez Tapia, José Miguel. “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil* 46, n.º 2 (1993): 511-88.
- Ruiz Vadillo, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”. *Revista de derecho privado* 59, n.º 5 (1975): 374-412.
- Salas Carceller, Antonio. “Aportación de la jurisprudencia a la modernización del derecho de contratos”. En *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por Joaquín Ataz López y Carmen Leonor García Pérez, 413-28. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.
- Tolosa Villabona, Luis Armando. “De los principios del derecho obligacional y contractual contemporáneo”. *Estudios Socio-Jurídicos* (2017): 13-61.
- Vidal Olivares, Álvaro R. “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* 34, n.º 1 (2007): 41-59.
- Vivas Tesón, Inmaculada. “El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial”. *Cuadernos de derecho transnacional* 13, n.º 1 (2021): 672-92.

DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.