

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La reparación del daño precontractual: un acercamiento al  
sistema civil ecuatoriano**

**Bernarda Alegría Haro Aillón**

**Jurisprudencia**

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

Quito, 19 de noviembre de 2021

## © DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos:                   Bernarda Alegría Haro Aillón

Código:                                   00203465

Cédula de identidad:               1718368648

Lugar y Fecha:                         Quito, 19 de noviembre de 2021

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

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

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

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

# LA REPARACIÓN DEL DAÑO PRECONTRACTUAL: UN ACERCAMIENTO AL SISTEMA CIVIL ECUATORIANO<sup>1</sup>

## *REMEDIES FOR PRECONTRACTUAL DAMAGES: AN APPROACH TO THE ECUADORIAN CIVIL SYSTEM*

Bernarda Alegría Haro Aillón<sup>2</sup>  
bernardaharo1@gmail.com

### RESUMEN

El sistema civil ecuatoriano regula la responsabilidad a partir de la dualidad clásica del régimen contractual y extracontractual, por lo que ha prevalecido una discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual. Este análisis pretendió establecer el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño. Para ello, se analizaron tres supuestos: (a) ruptura injustificada de tratativas; (b) contratos afectados en su validez; y, (c) contratos válidos, pero desventajosos para una parte. El estudio presentó tres hallazgos principales. Primero, el régimen de responsabilidad aplicable a todos los supuestos es el extracontractual por su carácter residual. Segundo, la reparación pecuniaria debe considerar el interés negativo que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. La única hipótesis para reparar el interés positivo es la introducción de deberes precontractuales al contenido del contrato. Tercero, son procedentes las medidas de reparación no pecuniarias para reajustar el equilibrio contractual.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual, tratativas, daño precontractual

### ABSTRACT

*The Ecuadorian civil system regulates liability based on the classic duality of the contractual and extracontractual regime, which is why a discussion has prevailed regarding the treatment of precontractual liability. This analysis sought to establish the applicable regime to precontractual liability and the remedy for the precontractual damage. To this end, three categories of precontractual liability were analyzed: (a) unjustified rupture of negotiations; (b) contracts affected in their validity; and (c) valid contracts, but disadvantageous for one of the parties. The study presented three main findings. First, the regime applicable to all precontractual categories is extracontractual due to its residual nature. Second, pecuniary compensation must consider the negative interest that includes consequential damage and loss of opportunity. The only hypothesis to repair the positive interest is the introduction of precontractual duties to the content of the contract. Third, non-pecuniary reparation measures are applicable to readjust the contractual balance.*

### KEYWORDS

*Pre-contractual liability, negotiations, pre-contractual damage*

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

---

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

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

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO Y ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.- 4.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS.- 4.2. CONTRATOS INVÁLIDOS.- 4.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS.- 5. RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.- 5.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS.- 5.2. CONTRATOS INVÁLIDOS.- 5.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS.- 6.- MEDIDA DE REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL.- 6.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS.- 6.2. CONTRATOS INVÁLIDOS.- 6.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS.- 7. CONCLUSIONES.-

### 1. Introducción

La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien ha cometido un hecho antijurídico, tiene la obligación de indemnizar los daños producidos a terceros<sup>3</sup>. Los sistemas civiles clásicos, como el nacional, que optan por una tesis dualista, clasifican a la responsabilidad en contractual y extracontractual<sup>4</sup>. A partir de ello, surge la discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual, derivada del cometimiento de un hecho antijurídico en la negociación del contrato, que no se encuentra regulada en el sistema civil nacional.

Dado este vacío normativo, cabe determinar cómo reparar el daño generado en las tratativas en el sistema civil ecuatoriano. Para ello, se divide el análisis en dos momentos. Primero, se examina el régimen de responsabilidad aplicable a la responsabilidad precontractual; y, más adelante, se aborda la medida de reparación del daño.

La elección del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual supera el ámbito teórico<sup>5</sup>. No obstante, no existe solución pácifica en el ámbito nacional y tampoco en el contexto comparado. Esto se debe, principalmente, a que el estudio de la materia se ha realizado desde una óptica general. Resulta más adecuado, sin embargo, un análisis que determine el régimen idóneo para cada supuesto de responsabilidad precontractual con atención a sus características propias.

---

<sup>3</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I* (Bogotá: Legis, 2007), 8.

<sup>4</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Chile: Thomson Reuters, 2003), 26.

<sup>5</sup> La aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual incide, principalmente, en las siguientes cuestiones: prescripción de la acción, constitución en mora, gradación y presunción de la culpa, capacidad y daño resarcible.

En consecuencia, el presente análisis clasifica a las hipótesis de responsabilidad precontractual en tres categorías: (a) supuestos que impiden la formación del contrato; (b) supuestos que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y, (c) supuestos que resultan en contratos válidos, pero desventajosos para una parte.

Una vez adoptado el régimen aplicable, surge un nuevo punto de discusión respecto a la medida de reparación del daño. Se examinan tres modelos: (a) interés negativo limitado al daño emergente; (b) interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad; e, (c) interés positivo que abarca el daño emergente y lucro cesante. Además, se aborda la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

Para abordar la cuestión, se realiza un análisis deductivo que parte de los principios generales y, ante la falta de regulación en el sistema nacional, construye un tratamiento para la responsabilidad precontractual. Se emplea también la comparación jurídica en dos dimensiones. Desde la óptica interna, se estudian las normas del Código Civil que ilustran la aplicación de la responsabilidad precontractual. Además, desde el plano externo, se examina el tratamiento de esta institución en sistemas dualistas; entre ellos, destacan los regímenes chileno y colombiano que son análogos al régimen nacional.

## **2. Marco teórico y estado del arte**

El régimen aplicable a la responsabilidad precontractual no es pacífico. Esto se debe a que el alcance de cada régimen también se encuentra dividido. En cuanto a la responsabilidad contractual, se discute si es aquella derivada de un incumplimiento obligacional<sup>6</sup>; o, aquella derivada de un incumplimiento exclusivamente contractual<sup>7</sup>. Respecto a la responsabilidad extracontractual, se discute si es aquella derivada de delitos o cuasidelitos civiles<sup>8</sup>; o, el régimen residual, aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales u obligacionales<sup>9</sup>.

En consecuencia, existen posturas contrarias respecto al régimen aplicable. Por un lado, Díez-Picazo<sup>10</sup> y Monsalve Caballero<sup>11</sup> entienden el régimen contractual a partir

---

<sup>6</sup> René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones, Tomo I* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 124.

<sup>7</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Editorial Temis, 2009), 39.

<sup>8</sup> Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo II* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1997), 62.

<sup>9</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, (Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983), 80.

<sup>10</sup> Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial* (Pamplona: Thomson Civitas, 2007), 325.

<sup>11</sup> Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad precontractual* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2014), 341.

de una interpretación que abarca todo incumplimiento obligacional. Por tanto, califican como obligaciones a las conductas exigibles en la fase precontractual. Por el contrario, Albaladejo<sup>12</sup>, Ospina Fernández<sup>13</sup>, Barros Bourie<sup>14</sup> y Parraguez Ruiz<sup>15</sup> adoptan el régimen extracontractual por su carácter residual. Esta discusión ha sido plasmada en la jurisprudencia que también se encuentra dividida en este punto<sup>16</sup>.

En Ecuador, la responsabilidad precontractual ha sido poco abordada. La Corte Nacional de Justicia, CNJ, se inclinó por el régimen extracontractual<sup>17</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado Parraguez Ruiz<sup>18</sup>. Sin embargo, la cuestión se mantiene inconclusa porque, al considerar la naturaleza jurídica autónoma de la responsabilidad precontractual, se ha señalado que no existe construcción argumental que pueda otorgar una solución en uno u otro sentido<sup>19</sup>.

En cuanto a la medida de reparación, la postura mayoritaria se inclina por el interés negativo que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si no hubiese oído sobre el contrato<sup>20</sup>. Sin embargo, recientemente se ha abordado la posibilidad de incluir el interés positivo, es decir, aquel que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido<sup>21</sup>. En el ámbito comparado se discute, además, la posibilidad de otorgar remedios distintos a la reparación pecuniaria<sup>22</sup>.

En el único precedente que trata la responsabilidad precontractual a nivel nacional, la CNJ definió el monto de la reparación con base en el interés negativo. No

---

<sup>12</sup> Manuel Albaladejo, *Derecho Civil II, Derecho de las Obligaciones* (Madrid: Edisofer, 2008), 378.

<sup>13</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Fernández, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* (Bogotá, Edición Temis, 2000), 151.

<sup>14</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago de Chile: Edición Jurídica Chile, 2006), 131.

<sup>15</sup> Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 870.

<sup>16</sup> A favor de la tesis contractual, en Chile: Causa No. CL/JUR/788/2018, CSJ, 12 de abril de 2012. A favor de la tesis extracontractual, en Ecuador: Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014; en Colombia: Causa No. 1-1001-3103-036-2004-00037-0, CSJ, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014; y, en España: Causa No. 405/1998, TSE, 16 de mayo de 1988.

<sup>17</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014.

<sup>18</sup> Luis Parraguez Ruiz, “La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares”, *Revista Iuris Dictio* 17 (2015), 171-209.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Mariano José Herrador Guardia, “Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual” en *Derecho de daños 2020* (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), 425-451.

<sup>21</sup> Causa No. 19001-3103-003-2000-00183-01, CSJ de Colombia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014.

<sup>22</sup> María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2010), 49.

obstante, en el *quantum* incluyó valores propios del interés positivo<sup>23</sup>. Además, la CNJ no consideró la posibilidad de otorgar remedios distintos a una indemnización pecuniaria.

El presente análisis se inclina por la interpretación amplia del régimen de responsabilidad extracontractual por su sistema de cláusula general. En cuanto a la medida de reparación, acoge la indemnización basada en el interés negativo, salvo que los deberes precontractuales se proyecten en el contenido del contrato. Además, aboga por la procedencia de remedios no pecuniarios.

### **3. Marco normativo**

El Código Civil mantiene el sistema dualista de responsabilidad desde 1860<sup>24</sup>. El Título XXXIII del Libro IV regula la responsabilidad extracontractual a partir de los delitos y cuasidelitos, por lo que, en principio, adopta una tesis restrictiva. No obstante, la jurisprudencia ha ampliado su alcance al señalar que se trata del régimen residual<sup>25</sup>. Por su parte, el Título XII del Libro IV, que se refiere al efecto de las obligaciones, regula la responsabilidad contractual a partir de las obligaciones contractuales, lo cual refleja una postura restrictiva.

En virtud de su concepción dualista, el Código no prevé un régimen para la responsabilidad precontractual. A pesar de que esta teoría fue desarrollada por la doctrina alemana en la misma época, no fue contemplada por el Código de Bello<sup>26</sup>. La jurisprudencia nacional, sin embargo, se ha pronunciado sobre su tratamiento.

En Ecuador, el punto de partida es el caso Prophar S.A. c. Merck<sup>27</sup>. En el año 2002, las farmacéuticas Prophar S.A. y Merck Sharp & Dohme iniciaron negociaciones para que la primera adquiriera una planta industrial de la segunda. Tras un año de negociaciones, Merck impuso nuevas condiciones que fueron parcialmente aceptadas por Prophar S.A. Sin embargo, en enero de 2003, Merck terminó abruptamente las negociaciones y celebró el contrato con un tercero.

En primera y segunda instancia, así como en casación, la discusión se centró en cuestiones de libre competencia. No obstante, tras el planteamiento de una acción extraordinaria de protección, se ordenó que se dicte una nueva sentencia de casación,

---

<sup>23</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 174.

<sup>24</sup> Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 561 de 19 de octubre de 2021.

<sup>25</sup> Causa No. 142-2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de septiembre de 2001.

<sup>26</sup> Catalina Salgado Ramírez, “Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering. Aproximación doctrinal”, *Revista de Derecho Privado* 22 (2012), 297.

<sup>27</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014.



como medida de reparación<sup>28</sup>. Así, en 2014 la CNJ dictó el primer precedente que examinó el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño.

#### 4. Supuestos de responsabilidad precontractual

Para la mayor parte de la doctrina continental, la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento en el principio de buena fe que, en materia contractual, adopta una dimensión objetiva e impone un estándar de lealtad a los negociantes<sup>29</sup>. Este criterio ha sido recogido en instrumentos de *soft law*, entre los cuales destacan los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales, UNIDROIT<sup>30</sup>; y, los Principios de Derecho Europeo de Contratos, PDEC<sup>31</sup>. El mismo fundamento se encuentra en los sistemas que regulan a la responsabilidad precontractual como un *tertius genus*<sup>32</sup>.

Desde otra perspectiva, se ha explicado la responsabilidad precontractual a partir del principio *alterum non laedere*, característico de la responsabilidad extracontractual. El Tribunal Supremo Español, TSE, por ejemplo, se ha pronunciado en este sentido<sup>33</sup>. Cabe notar que se hace referencia al principio *alterum non laedere* y no al principio *neminem laedere*, puesto que, desde un sentido técnico, el primero hace referencia a una relación intersubjetiva concreta, como sucede en la responsabilidad precontractual; y, el segundo, se refiere al deber de no dañar a otro en general<sup>34</sup>.

La CNJ, en el caso Prophar S.A. c. Merck, hizo referencia a ambos principios. Sostuvo que “la buena fe es esencial en los tratos preliminares, partiendo del principio de no dañar al otro (*alterum non laedere*)”<sup>35</sup>. Dado que la CNJ adoptó el régimen extracontractual, esta postura llama la atención en un sistema como el ecuatoriano que regula la buena fe a partir del régimen contractual<sup>36</sup>.

---

<sup>28</sup> Luis Parraguez Ruiz, “La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares”, 205.

<sup>29</sup> Este es el criterio continental. En el sistema anglosajón la buena fe es exigible únicamente en negociaciones avanzadas. Ver, Alan Schwartz y Robert Scott, “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harvard Law Review* 120 (2007), 661-707.

<sup>30</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales* (Roma: UNIDROIT, 2016), artículo 2.1.15.

<sup>31</sup> Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008), artículo 2:101.

<sup>32</sup> Entre ellos, los códigos civiles de Italia, Bolivia y Alemania. Ver, Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 860.

<sup>33</sup> Causa No. 405/1998, TSE, 16 de mayo de 1988.

<sup>34</sup> María del Carmen Cerutti, *Derecho de Daños: Análisis de algunos problemas conceptuales* (Córdoba: Ediciones de la Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2011), 12.

<sup>35</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 43.

<sup>36</sup> Artículo 1562, CC.

La doctrina y jurisprudencia apoyan la extensión de la buena fe a todo el *iter* contractual y justifican su aplicación en la responsabilidad precontractual<sup>37</sup>. Esta extensión ha sido avalada por el legislador puesto que el Código de Comercio se refiere a este principio en el contexto de la ruptura injustificada de tratativas<sup>38</sup>. Sin embargo, autores como Oviedo Albán cuestionan el alcance de este principio y su aplicación en la responsabilidad precontractual<sup>39</sup>.

La responsabilidad precontractual protege la confianza legítima generada en las tratativas, por lo que el estándar se basa en una conducta leal<sup>40</sup>. En el sistema nacional, este estándar está consagrado por dos instituciones. En el régimen contractual, está dado por la buena fe objetiva que se refiere a la conducta que “un contratante medianamente correcto y leal se siente en el deber de hacer o no hacer”<sup>41</sup>. En el régimen extracontractual, está dado por el principio *alterum non laedere* que exige la conducta de “una persona razonable [...] con miras a respetar los intereses ajenos”, según las circunstancias<sup>42</sup>.

En cuanto se trata de un mismo estándar de conducta, el régimen aplicable impacta únicamente en el *nomen* que se otorga al fundamento de la responsabilidad precontractual. Así, por una cuestión de concordancia con la estructura civil nacional, la adopción del régimen contractual conllevaría la aplicación de la buena fe objetiva. No obstante, con la adopción del régimen extracontractual, parecería innecesaria la extensión de la buena fe contractual al ámbito precontractual, puesto que el *alterum non laedere* aplica el mismo estándar de conducta.

En virtud del estándar de un tercero razonable en las mismas circunstancias, los negociantes deben actuar con lealtad y diligencia<sup>43</sup>. Este parámetro impone pautas de conducta durante las tratativas. Entre ellas, destacan: (a) la manifestación de información relevante para la celebración del contrato; (b) la confidencialidad de información sensible

---

<sup>37</sup> Jorge Oviedo Albán, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, *Vniversitas* 115 (2008), 83-116.

<sup>38</sup> Artículo 221, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 de 29 de mayo de 2019, reformado por última vez R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

<sup>39</sup> Jorge Oviedo Albán, “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, (seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana, 29 de octubre de 2021), <https://bit.ly/3DjadyT>.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Franceso Galgano, *El negocio jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 454.

<sup>42</sup> Diego Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 41 (2014), 50.

<sup>43</sup> Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008), 223.

revelada con ocasión de las negociaciones; y, (c) la prohibición de abandonar las negociaciones de manera injustificada<sup>44</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las conductas precontractuales, cabe notar que, en los sistemas de tradición civilista, las tratativas no son vinculantes<sup>45</sup>. Como señala Barros Bourie, mientras no existe consentimiento, no nacen obligaciones entre las partes, sino únicamente deberes de cuidado derivados del contacto negocial<sup>46</sup>. Así, la trasgresión de los deberes jurídicos genera la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados.

El elenco de deberes exigibles en la fase precontractual es amplio. Para efectos de este estudio, se plantea un criterio de clasificación que atiende a parámetros de perfeccionamiento y validez. Si bien existen otros criterios válidos, una categorización de los efectos jurídicos en términos de existencia y eficacia permite examinar las reglas aplicables a cada supuesto. Así, se examina a continuación los supuestos que: (a) impiden la formación del contrato; (b) permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y, (c) permiten la formación de un contrato válido, pero desventajoso para una parte.

#### **4.1. Ruptura injustificada de tratativas**

Este supuesto ha sido contemplado en distintos regímenes jurídicos, entre ellos, el nacional. El Código de Comercio se refiere al deber de buena fe en las tratativas e impide su interrupción injustificada<sup>47</sup>. Si bien existe una tendencia a establecer responsabilidad en este supuesto, su alcance no es uniforme. La postura mayoritaria se inclina por limitar la libertad contractual en negociaciones avanzadas<sup>48</sup>. Cabe resaltar, sin embargo, que el hecho antijurídico no es el retiro de las negociaciones, sino la trasgresión a las expectativas legítimas de la contraparte sin justificación<sup>49</sup>.

La determinación de expectativas legítimas ha sido desarrollada con el fin de establecer criterios objetivos. Se ha señalado que la generación de confianza requiere, al menos, una consideración de los elementos esenciales del contrato. Este criterio fue considerado en el caso Prophar S.A. c. Merck<sup>50</sup>. También se ha planteado un examen de

---

<sup>44</sup> Jorge Oviedo Albán, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, 95.

<sup>45</sup> Sergio Carreño-Mendoza, “La responsabilidad precontractual desde una perspectiva del derecho de contratos”, *Anuario de Derecho Privado* 2 (2020), 114-117.

<sup>46</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

<sup>47</sup> Artículo 221, Código de Comercio.

<sup>48</sup> Lilian San Martín Neira, “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones”, *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013), 322.

<sup>49</sup> Causa No. 1872/2010, CS de Chile, 29 de diciembre de 2011.

<sup>50</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014.

la conducta de ambas partes, con el fin de descartar una suposición precipitada o negligente de una de ellas en cuanto a la celebración del contrato<sup>51</sup>.

El TSE estableció los requisitos para establecer responsabilidad en este supuesto: (a) la suposición de confianza razonable respecto a la plasmación del contrato, (b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos, (c) el daño a una de las partes y (d) la relación de causalidad entre el daño y la confianza generada<sup>52</sup>. Los presupuestos señalados son aquellos de la responsabilidad extracontractual, lo cual da luces sobre el régimen aplicable.

#### **4.2. Contratos inválidos**

Un vicio de nulidad puede generar responsabilidad precontractual por falta al deber de información durante las negociaciones cuando una parte conocía o debía conocer el vicio. Esta hipótesis es la semilla de la *culpa in contrahendo* planteada por von Ihering y en la actualidad configura un supuesto típico en el sistema alemán<sup>53</sup>. Dado que el sistema nacional contempla un régimen de anulabilidad<sup>54</sup>, este supuesto se enmarca en contratos que han sido declarados nulos, y, además, han generado perjuicios.

Cabe notar que las restituciones mutuas no configuran *per se* la reparación al daño<sup>55</sup>. Su naturaleza jurídica es restitutoria y no reparatoria, puesto que el fin es devolver a las partes a la situación en la que se encontraban previo a la celebración del contrato<sup>56</sup>. Esto, sin embargo, no contempla los daños generados como consecuencia de un contrato nulo, que, como ha señalado la jurisprudencia francesa, deben ser objeto de reparación<sup>57</sup>.

De manera ilustrativa, se plantean dos supuestos de responsabilidad precontractual que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez por una causa imputable a una parte. Específicamente, se aborda el error y dolo, como supuestos que vician el consentimiento<sup>58</sup>. De acuerdo con el Código Civil, estos vicios son sancionados con nulidad relativa a petición de la parte afectada<sup>59</sup>.

---

<sup>51</sup> Causa No. 1999/4105, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

<sup>52</sup> Causa No. 527/1999, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

<sup>53</sup> Jorge Oviedo Albán, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, 103.

<sup>54</sup> Artículos 1699 y 1700, CC.

<sup>55</sup> Luis Díez-Picazo, “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *ADC* 62 (2009), 1046.

<sup>56</sup> Ruperto Pinoche Olave y Ricardo Concha Machuca, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado* 28 (2015), 133.

<sup>57</sup> Causa No. 00-10-243, Sala de lo Civil de la Corte de Casación de Francia, 26 de noviembre de 2003.

<sup>58</sup> Artículo 1467, CC.

<sup>59</sup> Artículo 1700, CC.

El primer supuesto es el dolo principal, es decir, aquel imputable a una de las partes. El dolo como vicio del consentimiento constituye “toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe”<sup>60</sup>. Los Principios UNIDROIT toman una postura similar. Además, se refieren específicamente al deber de información y califican como dolo a la omisión de revelar circunstancias relevantes de acuerdo a criterios razonables de lealtad comercial<sup>61</sup>.

En el ámbito contractual, el Código Civil se refiere al dolo como la decisión consciente de incumplir lo pactado<sup>62</sup>; y, en el régimen extracontractual, como la intención de causar daño<sup>63</sup>. Si bien el Código no regula el dolo en materia de vicios del consentimiento, la jurisprudencia ha establecido que este configura un engaño que tiene como fin que la otra parte celebre el contrato<sup>64</sup>.

Un segundo supuesto es el error que, como vicio del consentimiento, configura una falsa representación que la parte atribuye a declaraciones o comportamientos, por lo que otorga un significado distinto al que tiene objetivamente<sup>65</sup>. En este caso, el error se deriva de la falta al deber de información, por lo que es imputable a una parte. Este deber está supeditado a tres consideraciones: (a) la carga está en la parte que pueda obtener la información a menor costo; (b) el cumplimiento del deber de autoinformación sobre los aspectos relevantes del negocio jurídico; y, (c) la pertinencia de la información<sup>66</sup>.

### **4.3. Contratos válidos pero desventajosos**

Existen supuestos en los que durante la etapa precontractual se configuró un daño; sin embargo, no permite a la parte afectada una desvinculación contractual, a pesar de que se encuentra en una situación de desventaja. La desvinculación podría no ser posible porque el hecho antijurídico no alcanza la categoría de vicio del consentimiento. En otros casos, la relación contractual podría haber terminado. Por último, la parte afectada simplemente podría buscar una reparación del daño, sin interés en una desvinculación contractual.

---

<sup>60</sup> Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo XI*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 220.

<sup>61</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, artículo 3.2.5.

<sup>62</sup> Artículo 1574, CC.

<sup>63</sup> Artículo 29, CC.

<sup>64</sup> Raymond Marchal y Leonie Oliver c. René Elie, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de diciembre de 1959, pág. 3.

<sup>65</sup> Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones, Tomo I* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969), 312 en Luis Parraguz Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 438.

<sup>66</sup> Juan Goldenber Serrano, “¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?”, *RDVal* 32 (2019).

Un modelo de la primera hipótesis se encuentra en los PDEC<sup>67</sup>. Se refiere a un contrato basado en información incorrecta que, si bien no alcanza la categoría de error, permite a la parte afectada exigir una indemnización. Cabe notar que la parte que ha otorgado la información incorrecta podrá salvar su responsabilidad si tuviera motivos para creer que la información era correcta.

Esta categoría ha sido analizada por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga. Los autores califican a este supuesto como errores ligeros que no vician la voluntad<sup>68</sup>. Si bien la parte afectada no tiene acción de nulidad, su contraparte debe asumir el riesgo de la asimetría de información al haber otorgado datos incorrectos sin justificación<sup>69</sup>.

Otro supuesto es el vicio de sorpresa o intimidación planteado desde el Derecho de consumo. Para Solé Feliu, el acoso disminuye la libertad del consumidor, por lo que debería ser considerado un vicio del consentimiento<sup>70</sup>. En la legislación ecuatoriana, existe una referencia a este supuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que sanciona estas conductas con una multa, aunque no compromete la validez del contrato<sup>71</sup>. Esto no obsta, sin embargo, que el consumidor pueda reclamar los daños generados.

Además, está el supuesto de dolo incidental recogido en el Código Civil<sup>72</sup>. Este dispone que el dolo de un tercero no vicia el consentimiento, pero otorga una acción reparatoria. El daño, entonces, se traduce en las “condiciones diversas que hubieran sido económicamente más favorables al contratante cuya voluntad fue desviada a causa del dolo”<sup>73</sup>.

Otro supuesto interesante es aquel en el que existe un vicio de nulidad, pero la parte afectada no busca una desvinculación contractual. El TSE examinó esta posibilidad y la respuesta fue afirmativa en cuanto no existe en el Código Civil español una norma

---

<sup>67</sup> Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, artículo 4:106.

<sup>68</sup> Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1961), 335.

<sup>69</sup> Carmen Jeréz Delgado, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 104.

<sup>70</sup> Josep Solé Feliu, “La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 4 (2016), 4.

<sup>71</sup> Artículo 27(10), Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R.O. Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, reformado por última vez R.O. 899 de 9 de diciembre de 2016.

<sup>72</sup> Artículo 1474, CC.

<sup>73</sup> Antonino Cataudella, *I contratti, Parte Generale*, (Turin: Giappichelli Editore, 2019), 112-113 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, *ADC* 73 (2020), 1374.

que excluya esta posibilidad. Además, existe una norma expresa que admite como compatibles y, al mismo tiempo independientes, a la acción resolutoria y la de resarcimiento<sup>74</sup>.

El mismo razonamiento es aplicable al sistema nacional puesto que en esta materia la normativa es análoga. El Código Civil no cuenta con una norma expresa que admita una acción indemnizatoria sin que medie la acción de nulidad. Sin embargo, contempla la independencia de la acción indemnizatoria en el contexto de la resolución contractual<sup>75</sup>. Por tanto, en línea con la jurisprudencia española, es admisible reparar el daño causado por un vicio en la fase precontractual, sin perder el vínculo contractual.

Por último, está la vulneración al deber de confidencialidad. Cabe notar que, si bien el hecho antijurídico es independiente de la celebración del contrato, se incluye en esta categoría porque la falta no afecta al perfeccionamiento o validez contractual. Este deber ha sido contemplado por los PDEC<sup>76</sup> y los Principios UNIDROIT<sup>77</sup> y se refiere a la abstención de divulgación de información sensible que una o ambas partes han compartido con motivo del contacto comercial.

## **5. Régimen aplicable a la responsabilidad precontractual**

La responsabilidad precontractual no obedece rigurosamente a parámetros de responsabilidad contractual o extracontractual, por lo que su naturaleza jurídica en estricto sentido pertenece a un *tertium genus*<sup>78</sup>. No obstante, ante el sistema dualista de responsabilidad que mantiene el ordenamiento ecuatoriano, se examina el régimen aplicable a cada supuesto de responsabilidad precontractual. Se concluye que, para todos los casos, el régimen extracontractual resulta el más adecuado.

### **5.1. Ruptura injustificada de tratativas**

La determinación del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual en este supuesto no es pacífica. Además, la cuestión se agudiza porque la doctrina también discute el alcance de cada régimen. Respecto a la responsabilidad contractual, Abeliuk

---

<sup>74</sup> Causa No. 924/2000, TSE, Sala Primera de lo Civil, 18 de enero de 2007.

<sup>75</sup> Artículo 1505, CC.

<sup>76</sup> Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, artículo 2:302.

<sup>77</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, artículo 2.1.16

<sup>78</sup> Ver, Causa No. 4829, CSJ de Colombia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 1989.

Manasevich<sup>79</sup>, Vodanovic Haklicka<sup>80</sup> y Alessandri Rodríguez<sup>81</sup> sostienen que se requiere una obligación previa. Por otro lado, Velásquez Posada<sup>82</sup>, Tamayo Jaramillo<sup>83</sup> y García Vásquez<sup>84</sup> se refieren exclusivamente a una obligación contractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado mayormente por una interpretación restrictiva. Así, la Corte Suprema de Justicia, CSJ, señaló que la responsabilidad contractual “se origina en la celebración de un contrato”<sup>85</sup>. A pesar de que el alcance del régimen contractual guarda relevancia teórica y práctica, la discusión no incide fundamentalmente en materia de responsabilidad precontractual en cuanto no existen obligaciones contractuales o de otra fuente.

Por otro lado, la respuesta tampoco es pacífica respecto al alcance del régimen extracontractual. Abeliuk Mavasevich<sup>86</sup> y Llambías<sup>87</sup> limitan su aplicación a los delitos y cuasidelitos. No obstante, Alessandri Rodríguez<sup>88</sup> y Vodanovic Haklicka<sup>89</sup> adoptan una postura amplia y concuerdan que este es el régimen residual, aplicable en los casos que escapan el régimen contractual. La determinación del alcance de la responsabilidad extracontractual es fundamental para delimitar el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado por una postura amplia y ha señalado que la responsabilidad extracontractual aplica ante la ausencia de obligaciones<sup>90</sup>. Por su parte, la jurisprudencia chilena ha tomado la misma postura con base en su Código Civil que guarda armonía con el ecuatoriano en materia de responsabilidad. Así, señaló que “la regla general es la responsabilidad extracontractual [...] aplicable a cualquier acto que no sea la ejecución de un contrato que cause perjuicio a otro”<sup>91</sup>.

El carácter de cláusula general del régimen extracontractual es armónico con la postura restrictiva adoptada para el régimen contractual. Así, el régimen extracontractual

---

<sup>79</sup> René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo I, 124.

<sup>80</sup> Arturo Vodanovic Haklicka, *Curso de Derecho Civil*, Tomo III (Santiago de Chile: Nascimento, 2006), 124.

<sup>81</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, 80.

<sup>82</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 39.

<sup>83</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 68.

<sup>84</sup> Diego García Vásquez, “La responsabilidad contractual”, *Revista del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado* 22 (2008), 177.

<sup>85</sup> Causa No. 142-2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de septiembre de 2001.

<sup>86</sup> René Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, Tomo I, 124.

<sup>87</sup> Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Tomo II, 62.

<sup>88</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, 80.

<sup>89</sup> Arturo Vodanovic Haklicka, *Curso de Derecho Civil*, Tomo III, 196.

<sup>90</sup> Causa No. 142-2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de septiembre de 2001.

<sup>91</sup> Victor Loewenwarter y Roberto Sánchez, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes complementarias*, Tomo X (Santiago de Chile: Edición Jurídica de Chile, 1998), 27.



resulta aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales. En este sentido también se ha pronunciado Corral Talciani respecto al Código Civil chileno que, en términos análogos al Código Civil nacional, regula a la responsabilidad civil a partir de una postura dualista<sup>92</sup>.

La doctrina que aboga por la aplicación del régimen contractual se refiere a la formación de una relación jurídica entre los negociantes. En este sentido se han pronunciado autores como Díez-Picazo<sup>93</sup>. Esta postura, sin embargo, no es aplicable al sistema nacional porque en la fase precontractual surgen únicamente deberes jurídicos<sup>94</sup>. Por tanto, el régimen aplicable no puede ser el contractual puesto que no existe contrato perfeccionado ni obligaciones jurídicas.

A partir de un fundamento distinto, Monsalve Caballero señala que el régimen contractual es procedente por el principio de integración. En virtud de ello, se agregaría al contenido del contrato las expectativas razonables generadas en las negociaciones<sup>95</sup>. Sin embargo, el argumento presenta un error irreparable, puesto que no es posible aplicar la integración contractual si no existe un contrato<sup>96</sup>.

Desde otra perspectiva, Risueño propone aplicar el régimen contractual porque los efectos de los acuerdos en las negociaciones serían análogos a los contractuales<sup>97</sup>. La postura no es procedente porque en el sistema civil nacional un acuerdo no es equivalente a un contrato. Según el Código Civil, un contrato es un tipo comercial específico que crea obligaciones<sup>98</sup>. Para ilustrar, en el caso Prophar S.A. c. Merck, existieron acuerdos sobre elementos esenciales del negocio. Sin embargo, dado que no se perfeccionó el contrato, estos acuerdos no califican como obligaciones jurídicas<sup>99</sup>.

En los sistemas continentales, es predominante la tesis extracontractual<sup>100</sup>. En este sentido se pronunció la CNJ en el caso Prophar S.A. c. Merck<sup>101</sup>. Esta postura ha sido confirmada por el legislador a partir de la regulación de un supuesto de responsabilidad precontractual en el Código de Comercio. La norma se refiere expresamente a acciones

---

<sup>92</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, 26.

<sup>93</sup> Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 326.

<sup>94</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

<sup>95</sup> Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad precontractual*, 341.

<sup>96</sup> Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 867.

<sup>97</sup> Manuel Risueño, "De las obligaciones precontractuales", *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1 (2010), 493.

<sup>98</sup> Artículo 1454, CC.

<sup>99</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014.

<sup>100</sup> Sergio Carreño-Mendoza, "La responsabilidad precontractual desde una perspectiva del derecho de contratos", 114-117.

<sup>101</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 42.

de responsabilidad extracontractual para reparar los daños generados por el retiro injustificado de las tratativas<sup>102</sup>.

En virtud de que el Código Civil presenta un vacío respecto a la materia precontractual, es aplicable la regulación del Código de Comercio. En este sentido, el Código Civil admite suplir el vacío con normativa de casos análogos<sup>103</sup>. Esta formulación es ampliamente admitida y ha sido tradicionalmente aceptada para materias no previstas por el Código Civil, como la formación del consentimiento<sup>104</sup>.

## 5.2. Contratos inválidos

von Ihering instauró la tesis contractualista con el planteamiento de la *culpa in contrahendo*<sup>105</sup>. La postura se fundamentó en el principio de tipicidad de acciones para extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato<sup>106</sup>. Además, desde las hipótesis de invalidez, sostuvo que la declaratoria de nulidad de un contrato invalida las obligaciones contractuales, mas no todos sus efectos, tales como la obligación de reparar el daño cuando la obligación se ha tornado imposible<sup>107</sup>.

En el sistema alemán, la postura mayoritaria aboga por el régimen contractual. No obstante, el régimen extracontractual alemán es *numerus clausus*, es decir, contempla supuestos taxativos para su aplicación. Por el contrario, la mayoría de regímenes extracontractuales latinoamericanos son *numerus apertus*, al optar por un sistema de cláusula general<sup>108</sup>. Por esta razón estructural, la construcción del sistema civil alemán no es equiparable al sistema ecuatoriano que mantiene un régimen extracontractual residual<sup>109</sup>.

Si bien en este supuesto existe un contrato, tampoco es aplicable el régimen contractual puesto que esta se deriva exclusivamente de un incumplimiento contractual<sup>110</sup>. En este supuesto, el hecho antijurídico compromete la validez del contrato, lo cual supone una hipótesis de ineficacia distinta al incumplimiento. Así, la ineficacia del

---

<sup>102</sup> Artículo 221, Código de Comercio.

<sup>103</sup> Artículo 18(7), CC.

<sup>104</sup> Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 382.

<sup>105</sup> Cabe notar que la *culpa in contrahendo* se refiere exclusivamente a los vicios de nulidad que se forman en las tratativas.

<sup>106</sup> Mariano Alonso Pérez, "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (1970), 891.

<sup>107</sup> Emilio Betti, *Teoría General de las Obligaciones, Tomo I* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969), 89.

<sup>108</sup> Fernando Pantaleón, "Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos", *ADC* 64 (2011), 902.

<sup>109</sup> Causa No. 142-2001, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 24 de septiembre de 2001.

<sup>110</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 39.

contrato deriva de la declaratoria de nulidad, mas no de la resolución contractual necesaria para calificar a la responsabilidad como contractual.

Cabe notar, además, que el efecto de la nulidad del contrato es retroactivo, por lo que genera una situación semejante a la inexistencia. Una vez declarada la nulidad, se extinguen las obligaciones y las partes deberán ser restituidas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del contrato<sup>111</sup>. Por tanto, como mencionan Salgado Ramírez<sup>112</sup> y Corral Talciani<sup>113</sup>, ante la inexistencia de un contrato u obligaciones, es aplicable el régimen residual de la responsabilidad extracontractual.

Ciertas legislaciones, como la española, prevén una acción independiente para reclamar los daños producidos en la fase precontractual cuando la nulidad es imputable a una de las partes<sup>114</sup>. En el sistema civil nacional no existe una norma expresa en este sentido. Sin embargo, la doctrina afirma que ello no es necesario en virtud del carácter residual del régimen extracontractual<sup>115</sup>.

Además, la independencia de ambas acciones está dada porque su objeto y fundamento son distintos. Por un lado, la acción de nulidad sanciona la inobservancia de los requisitos de validez contractual<sup>116</sup>. Por otro, la acción indemnizatoria tiene lugar por la concurrencia de los requisitos que configuran un daño resarcible<sup>117</sup>.

En el contexto del dolo, Baraona González agrega que, si bien la acción reparatoria ha sido prevista para el dolo incidental, ello no excluye su aplicación extensiva<sup>118</sup>. El Código Civil otorga solamente acción de perjuicios en el dolo incidental<sup>119</sup>. Esto demuestra que, para los demás casos, está prevista la acción de nulidad y la acción reparatoria.

Con el mismo fundamento, en el ámbito del error, Martinic y Reveco abogan por la aplicación analógica del artículo 1471, referente al error de la persona, a otros tipos de

---

<sup>111</sup> Artículo 1583(9), CC.

<sup>112</sup> Jorge Oviedo Albán, “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, (seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana, 29 de octubre de 2021), <https://bit.ly/3DjadyT>.

<sup>113</sup> Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 41.

<sup>114</sup> Artículo 35, Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.

<sup>115</sup> Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 645.

<sup>116</sup> Artículo 1461, CC.

<sup>117</sup> Alejandro Ponce Martínez, “Responsabilidad civil extracontractual”, *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* 5 (2015), 82.

<sup>118</sup> Jorge Baraona González, “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios”, *Estudios jurídicos en homenaje a cinco profesores de derecho civil* (2007), 66 en Pamela Prado López, “El dolo causal: su repercusión en el contrato”, *Revista Ius et Praxis* 22 (2016), 430.

<sup>119</sup> Artículo 1474, CC.

error<sup>120</sup>. Los Ospina Fernández fundamentan la extensión en razones de equidad<sup>121</sup>. Por su parte, Alessandri Rodríguez agrega que la extensión se basa en el artículo 2214 del Código Civil que prevé la reparación de todo daño<sup>122</sup>.

### 5.3. Contratos válidos pero desventajosos

En este supuesto cabe examinar la procedencia de una acción reparatoria, aún cuando el contrato esté intacto en términos de eficacia, o, incluso, haya sido cumplido. Como se anticipó, la aplicación del régimen contractual corresponde exclusivamente a incumplimientos contractuales<sup>123</sup>. Bénabent destaca en este caso aplica el régimen extracontractual porque la fuente de responsabilidad es anterior al contrato<sup>124</sup>. En consecuencia, se discute el ejercicio de una acción reparatoria en el ámbito extracontractual, sin perjuicio de la existencia de un contrato válido.

El Código Civil se refiere expresamente al dolo incidental como uno de estos supuestos. Así, prevé la posibilidad de ejercer “la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él”<sup>125</sup>. Sin embargo, cabe cuestionar la posibilidad de ejercer la acción reparatoria sin la acción de nulidad porque ello podría implicar que el contrato no es perjudicial, y, por tanto, no ha generado un daño.

La jurisprudencia española aboga por la reparación del daño precontractual en sede extracontractual, sin afectar la validez del contrato<sup>126</sup>. En la misma línea se encuentra el Código Civil francés a partir de su última reforma, con énfasis en la aplicación del régimen extracontractual<sup>127</sup>. El fundamento está en el carácter independiente de la acción reparatoria y su compatibilidad con la acción de nulidad. El razonamiento es aplicable al sistema civil ecuatoriano que también otorga independencia a la acción reparatoria<sup>128</sup>.

---

<sup>120</sup> María Dora Martinic y Ricardo Reveco, “Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos”, *Revista Jurídica UCES* 13 (2009), 57.

<sup>121</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Fernández, *Teoría General del contrato y del negocio jurídico*, 208.

<sup>122</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno, Tomo II* (Santiago: Jurídica de Chile, 2008), 366 en Ruperto Pinoche Olave y Ricardo Concha Machuca, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, 133.

<sup>123</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 39.

<sup>124</sup> Alain Bénabent, *Droit des obligations* (Paris: Montchrestien Lextenso éditions, 2010), 73 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1386.

<sup>125</sup> Artículo 1474, CC.

<sup>126</sup> Causa No. 924/2000, TSE, Sala Primera de lo Civil, 18 de enero de 2007.

<sup>127</sup> Artículo 1178.IV, Código Civil francés, reformado por Ordenanza 2016-131, 10 de febrero de 2016.

<sup>128</sup> Artículo 1505, CC.

En un arbitraje nacional, se recalcó que “[...] existen muchas circunstancias en las cuales, por hallarse terminado un contrato, o por ser imposible exigir su cumplimiento, puede demandarse la indemnización de perjuicios separadamente”<sup>129</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena<sup>130</sup>. Por tanto, la acción reparatoria es independiente al contrato y sus efectos, por lo que es procedente la indemnización cuando se configuren los requisitos de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de la eficacia del contrato.

Este razonamiento es aplicable a los casos análogos en los que existe un contrato válido pero desventajoso para una de las partes. La razón fundamental para aplicar el régimen extracontractual es que el hecho antijurídico es anterior al contrato<sup>131</sup>. Así, no es procedente una acción de responsabilidad contractual si el contrato no ha sido afectado en el cumplimiento de sus obligaciones; o, si, incluso, estas han sido plenamente cumplidas.

## **6. Medida de reparación en la responsabilidad precontractual**

La discusión respecto al régimen aplicable a la responsabilidad precontractual impacta en la determinación del daño y su medida de reparación. Una vez adoptado el régimen extracontractual, el alcance de la indemnización será amplio, según el principio de reparación integral<sup>132</sup>. Por el contrario, con el régimen contractual, el alcance de la reparación encontraría mayores limitaciones<sup>133</sup>.

Respecto a la indemnización, von Ihering sostuvo que la medida reparatoria del daño es el interés negativo. Este busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si nunca hubiese escuchado sobre el contrato<sup>134</sup>. Por su parte, el interés

---

<sup>129</sup> Laudo 003-03, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM, 3 de junio de 2004.

<sup>130</sup> Causa No. 885-2013, CS de Chile, Sala Primera de lo Civil, 10 de septiembre de 2013.

<sup>131</sup> Alain Bénabent, *Droit des obligations*, 73 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1386.

<sup>132</sup> Esto incluye los daños imprevisibles y no existe discusión sobre la procedencia de daños extrapatrimoniales.

<sup>133</sup> Entre ellas: (a) la discusión sobre la procedencia de daños extrapatrimoniales, según el artículo 1572; y, (b) la responsabilidad únicamente por daños previsibles, a menos que se pruebe dolo, según el artículo 1574.

<sup>134</sup> Patricia López Díaz, “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por cumplimiento contractual”, *Revista Ius et Praxis* 24 (2018), 246.

positivo busca colocar a la víctima en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido<sup>135</sup>.

En la responsabilidad precontractual, la tendencia para determinar el daño se centra en el interés negativo<sup>136</sup>. Sin embargo, se plantean dos posturas distintas respecto a su alcance. La primera, bastante restrictiva, se limita al daño emergente que incluye exclusivamente los gastos efectuados por la parte afectada<sup>137</sup>. La Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado en este sentido<sup>138</sup>. En la misma línea, el TSE tomó una postura restrictiva que excluye la pérdida de oportunidades y las ganancias frustradas<sup>139</sup>.

La segunda postura, además del daño emergente, incluye la pérdida de oportunidad. Esta fue la consideración de von Ihering para la *culpa in contrahendo*<sup>140</sup>. Además, en el contexto regional, la CSJ colombiana se pronunció en este sentido y señaló que es posible reclamar los beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir por la ruptura injustificada de tratativas<sup>141</sup>.

Respecto al interés positivo, la postura mayoritaria establece que la reparación comprende todas las ventajas resultantes de un contrato válido, lo cual incluye el daño emergente y lucro cesante<sup>142</sup>. La jurisprudencia derivada del Código de Bello ha contemplado la reparación del interés positivo en la responsabilidad precontractual. De forma expresa, la jurisprudencia colombiana y chilena ha ordenado reparaciones con base en el interés positivo<sup>143</sup>. De manera tácita, la jurisprudencia del caso Prophar S.A. c. Merck también reparó el interés positivo<sup>144</sup>.

En este punto, cabe distinguir la reparación de la pérdida de oportunidad y aquella del lucro cesante. En materia precontractual, la pérdida de oportunidad busca reparar el

---

<sup>135</sup> Vladimir Monsalve Caballero, “El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual: un asunto pendiente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia”, 106.

<sup>136</sup> Mariano José Herrador Guardia, “Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual” en *Derecho de daños 2020*, 425-451.

<sup>137</sup> Luis Díez Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 325.

<sup>138</sup> Victor Loewenwarter y Roberto Sánchez, *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y leyes complementarias, Tomo X*, 49.

<sup>139</sup> Causa No. 4929, TSE, 25 de junio de 2014.

<sup>140</sup> Vladimir Monsalve Caballero, “El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual: un asunto pendiente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia”, 107.

<sup>141</sup> Causa No. 4829, CSJ de Colombia, Sala de Casación Civil, 28 de junio de 1989.

<sup>142</sup> Mariano Alonso Pérez, “La responsabilidad Precontractual”, 905.

<sup>143</sup> En Colombia: Causa No.10103-2014, CSJ, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014. En Chile: Causa No. 123, CSJ, Sala de Casación, 27 de mayo de 2021.

<sup>144</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014.

daño causado por la frustración de la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial<sup>145</sup>. En materia contractual, el lucro cesante configura la ganancia frustrada o pérdida de ingresos<sup>146</sup>. La jurisprudencia francesa ha puntualizado que la pérdida de oportunidad no se identifica con el interés contractual, por lo que se circunscribe exclusivamente al interés negativo, mientras que el lucro cesante pertenece al interés positivo<sup>147</sup>.

El sistema civil ecuatoriano no recoge expresamente la pérdida de oportunidad y, en principio, estaría excluida por falta de certeza. Sin embargo, ante la ausencia de certeza absoluta, es posible aplicar la responsabilidad proporcional. Esta aproximación se presenta como respuesta a la incertidumbre causal que presenta la pérdida de oportunidad. Así, “rechaza la lógica binaria (es o no es) y, con ello, la aplicación del umbral de certidumbre”<sup>148</sup>. Por tanto, considera que el daño pudo derivar del hecho antijurídico, sin descartar otros factores.

La admisión de la responsabilidad proporcional en el sistema nacional está dado, al menos, por dos normas del Código Civil. Primero, permite una distribución proporcional cuando el hecho antijurídico ha sido cometido por dos o más personas<sup>149</sup>. Además, permite la distribución de responsabilidad entre el agente dañoso y la víctima cuando esta se ha expuesto de forma imprudente al daño<sup>150</sup>. Esto demuestra la admisión de la proporcionalidad, pues, caso contrario, el “[...] legislador rechazaría toda responsabilidad o afirmar la de un solo sujeto”<sup>151</sup>.

Es posible determinar la compensación de la pérdida de oportunidad a partir de los conceptos de daño emergente y lucro cesante previstos en el Código Civil<sup>152</sup>. Primero, la oportunidad *per se* debe ser conceptualizada como daño emergente, en cuanto esta ingresó al patrimonio del negociante afectado<sup>153</sup>. Segundo, el daño debe ser cuantificado

---

<sup>145</sup> Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, *Revista Iuris Omnes* (2008), 4.

<sup>146</sup> Fernando Reglero Campos, *Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2008), 330-332.

<sup>147</sup> Causa No. 00-10-243, Sala de lo Civil de la Corte de Casación francesa, 26 de noviembre de 2003.

<sup>148</sup> Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Navarra: Aranzadi, 2018), 49 en Beatriz Gregoraci Fernández, “La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)”, *ADC* 74 (2020), 807-822.

<sup>149</sup> Artículo 2217, CC.

<sup>150</sup> Artículo 2230, CC.

<sup>151</sup> Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 111 en Beatriz Gregoraci Fernández, “La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)”, 807-822.

<sup>152</sup> Artículo 1572, CC.

<sup>153</sup> Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 4.

con base en la probabilidad de ganancia. Así, la cuantificación del daño se basa en parámetros de lucro cesante, pero utiliza un estándar de probabilidad<sup>154</sup>.

En virtud de lo expuesto, el alcance de la reparación en materia precontractual contempla tres modelos: (a) interés negativo que únicamente abarca el daño emergente; (b) interés negativo que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad; e, (c) interés positivo que el incluye daño emergente y lucro cesante. Para ilustrar, se presenta un caso hipotético y, a continuación, graficos que muestran la diferencia en el monto de la reparación en cada modelo.

‘A’ inicia una negociación para adquirir un producto, cuyo precio de mercado es USD \$100,000.00. Para concluir las negociaciones, afrontó un viaje por USD \$600.00, y, además, renunció a adquirir el mismo producto a otro vendedor por USD \$110,000.00. ‘A’ ha demostrado que el valor de reventa del producto era USD \$120,000.00.

**Gráfico No. 1 *Quantum* indemnizatorio según modelo de reparación en responsabilidad precontractual**

<b>Modelo</b>	<b>Daño indemnizable</b>	<b><i>Quantum</i> (USD \$)</b>
A	Daño emergente	600.00
B	Daño emergente	600.00
	Pérdida de oportunidad	10,000.00
C	Daño emergente	600.00
	Lucro cesante	20,000.00

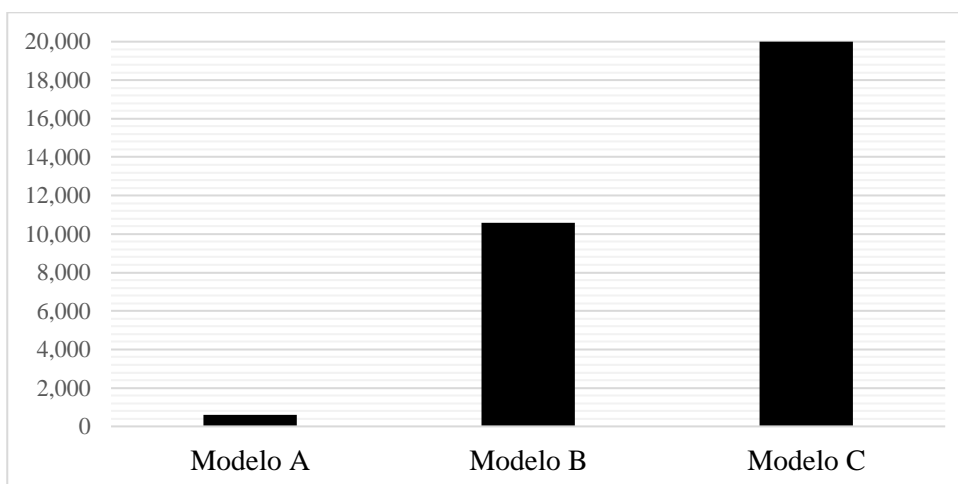
Fuente: elaboración propia a partir de textos varios.

El modelo (a) indemniza únicamente los gastos como daño emergente. El modelo (b) además del daño emergente, indemniza la pérdida de oportunidad. Esto porque, al renunciar a la oferta del segundo vendedor, ‘A’ perdió la posibilidad de ganancia por la reventa. Por último, el modelo (c) indemniza el daño emergente y lucro cesante. Este último por la ganancia frustrada que ‘A’ estimaba por la ejecución del contrato con el primer vendedor.

<sup>154</sup> Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, 17.



## Gráfico No. 2 Modelos de reparación en responsabilidad precontractual



Fuente: elaboración propia a partir de textos varios.

Con frecuencia, la doctrina y jurisprudencia han adaptado uno de los modelos como presupuesto general aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual. Resulta más adecuado, sin embargo, un enfoque que considere las características propias de cada hipótesis. A continuación, se examinan las tres categorías de responsabilidad precontractual con el fin de establecer el modelo de reparación idóneo para cada uno. Se considera, además, la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

### 6.1. Ruptura injustificada de tratativas

Para ilustrar este supuesto, se toma como referencia el caso Prophar S.A. c. Merck. La CNJ argumentó sobre la procedencia exclusiva del interés negativo; no obstante, el monto de reparación incluyó también el interés positivo<sup>155</sup>. Muestra de ello es que dividió los montos por concepto de daño emergente y lucro cesante; y, como se anotó, este último pertenece exclusivamente al interés positivo<sup>156</sup>.

Por concepto de daño emergente, la CNJ incluyó los gastos en los que incurrió Prophar S.A.: (a) crédito para la compra industrial y (b) elaboración de informe por Dun & Bradstreet. Por concepto de lucro cesante, incluyó: (a) proyección de ventas de medicamentos en el periodo de negociaciones, (b) valor de nuevos productos y (c) valor de la última oferta presentada<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 84.

<sup>156</sup> Vladimir Monsalve Caballero, “El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual: un asunto pendiente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia”, 116.

<sup>157</sup> Causa No. 215-2014, CNJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 84.

Si bien la CNJ se refirió al interés negativo, aplicó el modelo (c), correspondiente al interés positivo. Para reparar con base en el interés negativo, la Corte debió considerar únicamente el daño emergente, conforme el modelo (a); o, considerar el daño emergente y la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar, conforme el modelo (b). No obstante, la CNJ incluyó la totalidad de los valores de venta esperados, lo cual corresponde a las ganancias frustradas del contrato. Además, incluyó el valor de la última oferta, lo cual es una aproximación al valor del contrato y pertenece al interés positivo.

Para indemnizar lucro cesante, es necesario un análisis de certeza del daño. Esto implica que el daño debe ser real y no puede tener como base escenarios hipotéticos<sup>158</sup>. Cabe notar que la certeza es una ficción jurídica, por lo cual el estándar consiste en una certeza relativa, con consideración razonable<sup>159</sup>. Por tanto, al fijar el *quantum* como lucro cesante, la CNJ supuso como ciertos, al menos en la esfera jurídica, dos hechos: (a) la celebración del contrato de compraventa y (b) la venta de la totalidad de productos, conforme las proyecciones de mercado.

El razonamiento de la CNJ no considera factores que podrían influir en la conclusión de estos hechos. Un ejemplo de ello es la terminación justificada de las negociaciones. En un caso de compraventa inmobiliaria similar, después de años de negociaciones avanzadas, el propietario informó sobre la mejor propuesta de un tercero. Dado que la nueva oferta no fue aceptada, el propietario se retiró de las negociaciones; sin embargo, lo hizo de manera justificada, sin generar responsabilidad<sup>160</sup>.

La misma consideración es aplicable a las proyecciones de venta. La CNJ cuantificó la venta de la totalidad de los productos, sin considerar las probabilidades de que no se cumpla este escenario. Así, la reparación incluyó las ganancias frustradas del contrato, lo cual corresponde al interés positivo por lucro cesante. Si bien todo cálculo de lucro cesante conlleva cierto grado de incertidumbre, la CNJ consideró las proyecciones de venta de un contrato que no fue celebrado, por lo que no existe relación de causalidad.

Además, la aplicación de lucro cesante en este supuesto resulta errónea por la configuración de esta figura en el Código Civil. La definición de lucro cesante está ubicado en el Título XII del Libro IV que se refiere al efecto de las obligaciones<sup>161</sup>; por lo que, específicamente, el artículo hace referencia a incumplimientos obligacionales.

---

<sup>158</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 233.

<sup>159</sup> Causa No. 5502, CSJ de Colombia, 4 de abril de 2001.

<sup>160</sup> Causa No. C-2355-2011, Segundo Juzgado de Letras de Ángeles, 16 de mayo de 2014.

<sup>161</sup> Artículo 1572, CC.

Así, en cuanto no existen obligaciones ante la inexistencia del contrato, no procede una indemnización por lucro cesante.

En consecuencia, un análisis probabilístico resulta más adecuado. En específico, este supuesto requiere dos exámenes: (a) la probabilidad de celebración del contrato y (b) la probabilidad de ganancia u beneficios derivados del contrato. Este análisis corresponde al concepto de pérdida de oportunidad en el modelo (b).

Una vez seleccionado el modelo, cabe delimitar la reparación con el fin de evitar que se indemnice el interés contractual por una vía oblicua. El límite está dado por el interés positivo, puesto que, ante la inexistencia de un contrato, la reparación deberá ser menos intensa que la contractual. Cabe recordar que el daño se deriva de la ruptura de la confianza en la conclusión del contrato, mas no en una proyección de sus beneficios. Lo contrario implicaría un enriquecimiento injustificado del negociante afectado, en cuanto recibe ventajas económicas que superan el daño causado.

Como un remedio no pecuniario, es interesante analizar la postura de los tribunales holandeses que, para negociaciones avanzadas, prevén la continuación de las negociaciones, o, incluso, la conclusión forzada del contrato<sup>162</sup>. Si bien este remedio es excepcional, no es aplicable al sistema civil nacional. La CSJ se ha referido de forma enfática al derecho a la libertad contractual<sup>163</sup> que, además, ha sido elevado a rango constitucional<sup>164</sup>.

## **6.2. Contratos inválidos**

En este supuesto se examina la aplicabilidad de remedios pecuniarios y no pecuniarios para la reparación del daño. Primero, se aborda el alcance de la indemnización pecuniaria a partir de los modelos de interés expuestos. Segundo, se aborda la posibilidad de adaptar el contrato por vía judicial y su procedencia en el ordenamiento jurídico nacional.

En la indemnización pecuniaria, no parece adecuado un examen probabilístico relativo a la celebración del contrato puesto que, incluso con los efectos retroactivos de la nulidad, existe certeza fáctica de la celebración del contrato. No es menos cierto, sin embargo, que la nulidad tiene un efecto extintivo sobre el contrato que crea una situación

---

<sup>162</sup> María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, 37.

<sup>163</sup> Raúl Gustavo Wilchezt Chica c. Guillermo Meza Sánchez, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de julio de 2001, pág. 2.

<sup>164</sup> Artículo 66(16), Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449 de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

similar a la inexistencia. Por tanto, cabe discutir la reparación del interés negativo, atendiendo a la vulneración a la confianza legítima; o, el interés positivo, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato y la derivación de sus beneficios.

La elección de la medida de reparación adecuada en este supuesto, entonces, se encuentra entre los modelos (a), (b) y (c). La aplicación del primer modelo se basa en el daño emergente. El segundo modelo repara, además del daño emergente, la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar, pero válido. Por último, el tercer modelo se basa en el daño emergente y lucro cesante del contrato que fue celebrado, pero posteriormente anulado.

La jurisprudencia española, en un caso calificado como dolo *in contrahendo*, reparó el daño según el modelo (c) que comprende el daño emergente y lucro cesante<sup>165</sup>. Por otro lado, la doctrina francesa se ha inclinado por el modelo (b) que repara el interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad. En este sentido, la jurisprudencia francesa se refirió a la reparación del “perjuicio sufrido por razón de la conclusión del contrato anulado”<sup>166</sup>.

Asimismo, la tendencia de reparación en instrumentos de *soft law* se inclina por el modelo (b). Los Principios UNIDROIT limitan la indemnización hasta el interés negativo. Estos últimos marcan una línea sólida entre el interés negativo que corresponde a la acción de reparatoria en responsabilidad precontractual<sup>167</sup>; y, el interés positivo, admitido exclusivamente en la acción reparatoria derivada del incumplimiento<sup>168</sup>.

En consideración del efecto destructivo y retroactivo de la nulidad, no parece coherente una reparación con base en un contrato que, jurídicamente, se reputa no celebrado. Resulta excesivo, entonces, una indemnización basada en el interés positivo de un contrato que no existe. No obstante, es evidente la trasgresión a la confianza del contratante afectado, lo cual resulta en una situación similar a aquella de la ruptura injustificada de tratativas en la que tampoco existe un contrato. Con base en el mismo razonamiento, parece adecuada una reparación acorde al modelo (b).

---

<sup>165</sup> Causa No. 2009/2907, TSE, 5 de mayo de 2009.

<sup>166</sup> Sentencia Fiori, Corte de Casación francesa, 9 de julio de 2004 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1436.

<sup>167</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, artículo 3.2.16

<sup>168</sup> Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, artículo 7.4.2.

Cabe notar, sin embargo, que existen distinciones entre ambos supuestos. Ante contratos anulados, no resulta adecuado un análisis probabilístico de la celebración del contrato puesto que, fácticamente, este fue perfeccionado e incluso gozó de eficacia hasta la declaratoria de nulidad. Por tanto, el examen de probabilidad debe recaer exclusivamente en la oportunidad perdida de celebrar un contrato semejante.

Como un remedio no pecuniario de reparación, cabe analizar la adaptación del contrato ante la existencia de un vicio del consentimiento. Este remedio se encuentra previsto, por ejemplo, en los PDEC a propósito del error<sup>169</sup>. La reparación consiste en cumplir el contrato en los términos que la parte afectada había entendido. Así, a pesar de que no existe una reparación pecuniaria en estricto sentido, se elimina el error del contrato a través de su adaptación.

Es preciso analizar, entonces, la procedencia de la adaptación del contrato en el sistema civil nacional. El punto de partida es el concurso de remedios aplicables ante asimetrías de información en la fase precontractual. Como señaló de la Maza Gazmuri, con especial referencia a los vicios del consentimiento, “no es posible pensar en un supuesto de vicio redhibitorio que a su vez no sea un error sustancial”. Agregó, además, que, en varias circunstancias, un mismo hecho podrá ser sancionado por error o dolo, en cuanto “el dolo es un error provocado”<sup>170</sup>.

Bajo este razonamiento, la parte afectada cuenta con un derecho de opción que le permite elegir el remedio aplicable. Por un lado, cuenta con la acción de nulidad, y, además, la acción resarcitoria que permite una indemnización pecuniaria; y, por otro lado, con la acción redhibitoria que permite reajustar el contenido del contrato<sup>171</sup>. En este último caso, no es procedente la acción resarcitoria en cuanto el desequilibrio económico se reajusta a través de una especie de adaptación contractual.

### **6.3. Contratos válidos pero desventajosos**

En este supuesto, es preciso explorar tres tipos de remedios. El primero consiste en una reparación pecuniaria que repare el daño que ha generado la desventaja. El segundo consiste en un remedio no pecuniario que restaure el equilibrio del contrato a través de su adaptación. Por último, el tercero constituye un remedio resolutorio por la

---

<sup>169</sup> Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del Derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008), artículo 4:105.

<sup>170</sup> Jorge Oviedo Albán, “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, (seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana, 29 de octubre de 2021), <https://bit.ly/3DjadyT>.

<sup>171</sup> Artículo 1797, CC.

integración de los deberes de conducta al contenido contractual. En todos los casos, resulta apropiado un análisis que mida el grado de desequilibrio contractual generado por el hecho antijurídico en la fase precontractual.

Respecto a la reparación pecuniaria, Monsalve Caballero ha señalado que el interés positivo procede únicamente con la estipulación de un contrato válido. En este supuesto, existe un contrato intacto en términos de eficacia. Cabe examinar, entonces, si un contrato válido, pero desventajoso para una de las partes, amerita una reparación del interés contractual conforme el modelo (c).

En un caso sobre el dolo incidental, la jurisprudencia francesa señaló que el vicio impacta en forma directa al valor. Así, la Corte de Casación observó que bastaba rectificar el precio a través de una indemnización de perjuicios<sup>172</sup>. Esta reparación, entonces, obedeció al modelo (a) que indemniza el daño emergente y se enmarca en el interés negativo.

En otro caso de dolo, en el cual se reclamó una indemnización sin solicitar la nulidad del contrato, la jurisprudencia francesa admitió exclusivamente la reparación de la pérdida de oportunidad de pactar condiciones más ventajosas. Así, excluyó la posibilidad de celebrar un contrato más ventajoso con un tercero, puesto que no se impugnó el contrato, sino su contenido. Por tanto, suprimió las consecuencias dañosas del dolo a través de un reajuste en el precio<sup>173</sup>. Esta reparación obedece al modelo (b) que incluye, además de daño emergente, la pérdida de oportunidad.

En el supuesto que la parte afectada no impugne la totalidad del contrato, sino solo uno de sus elementos, el *quantum* de la reparación por daño emergente debe obedecer al valor que generó el desequilibrio económico. Además, como pérdida de oportunidad, es adecuado indemnizar la imposibilidad de celebrar un contrato más ventajoso. En consecuencia, el modelo (b) resulta apropiado para una reparación pecuniaria en la que no se objeta el contrato.

Por otro lado, se ha señalado que generalmente la parte afectada demanda la reducción del precio y no una indemnización<sup>174</sup>. En este sentido, la doctrina española, por ejemplo, aboga por una reconstrucción judicial del contrato a partir de las expectativas

---

<sup>172</sup> Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1375.

<sup>173</sup> Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual: vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1386.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

legítimas de la parte afectada<sup>175</sup>. En línea con el principio de conservación del contrato, es oportuno considerar un remedio que elimine la desventaja del contrato a través de un ajuste judicial. El sistema civil nacional no contempla esta opción de manera expresa, por lo que se analiza la procedencia de la adaptación del contrato en este supuesto.

Como punto de partida, cabe señalar que la adaptación del contrato ha sido admitida para casos especiales en el Código Civil. Entre ellos, destacan la reducción de la cláusula penal enorme<sup>176</sup>; el ajuste de la servidumbre que se ha vuelto más onerosa<sup>177</sup>; la revisión del precio en un contrato de construcción, ante circunstancias desconocidas que generen costos no previsibles<sup>178</sup>; y, la rebaja del precio por vicios redhibitorios<sup>179</sup>.

Además, se ha discutido la aplicación de la teoría de revisión por la cláusula *rebus sic stantibus*. En la normativa administrativa, se ha reconocido un sistema de reajuste de precios por cambio de circunstancias<sup>180</sup>. En el sistema civil, no existe reconocimiento expreso en este sentido, pero se aboga por su aplicación por razones de equidad y buena fe<sup>181</sup>. Si bien la aplicación de la cláusula *rebus* se basa en elementos de imprevisibilidad y excesiva onerosidad, el fundamento para adaptar el contrato es el mismo: el desequilibrio contractual.

El principio de equilibrio contractual está plenamente reconocido en el Código Civil. A manera de cláusula general, contempla la equivalencia de prestaciones en los contratos conmutativos<sup>182</sup>. De manera específica, el Código ampara este principio en los vicios ocultos<sup>183</sup>, la lesión enorme<sup>184</sup>, la cláusula penal enorme<sup>185</sup> y el mutuo con intereses excesivos<sup>186</sup>. El ajuste del valor económico en estos casos se basa en excesos o desventajas patrimoniales, con el fin de impedir un enriquecimiento injustificado.

La adaptación del contrato, entonces, busca el mismo efecto de reestablecer el equilibrio, pero desde otra vía. En el sistema nacional, la adaptación del contrato en este supuesto tiene cabida, con similar fundamento al construido a partir de la cláusula *rebus*.

---

<sup>175</sup> Xabier Basozabal Arrue, “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC* 42 (2009), 679.

<sup>176</sup> Artículo 1560, CC.

<sup>177</sup> Artículo 869, CC.

<sup>178</sup> Artículo 1937(2), CC.

<sup>179</sup> Artículo 1797, CC.

<sup>180</sup> Artículo 82, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R.O. Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 347 de 10 de diciembre de 2020.

<sup>181</sup> Luis Parraguez Ruiz, *Régimen Jurídico del Contrato*, 841.

<sup>182</sup> Artículo 1457, CC.

<sup>183</sup> Artículo 1797, CC.

<sup>184</sup> Artículo 1830, CC.

<sup>185</sup> Artículo 1560, CC.

<sup>186</sup> Artículo 2109, CC.

Para su aplicación, no es necesaria una norma expresa en cuanto el equilibrio contractual está plentamente contemplado por el Código Civil. Este razonamiento ha sido aplicado a propósito de la teoría de la imprevisión por la CJS<sup>187</sup>; y, en otros casos que no implican excesiva onerosidad o imprevisibilidad, como sucede en este supuesto<sup>188</sup>.

Desde otra perspectiva, el Marco Común Europeo de Referencia, DCFR, aborda esta cuestión a partir del principio de integración contractual. En particular, se refiere a la integración de las expectativas legítimas del negociante afectado por la omisión del deber de información<sup>189</sup>. Este remedio tiene antecedentes, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos finés y sueco<sup>190</sup>.

El principio de integración está previsto para el ámbito contractual en el Código Civil<sup>191</sup>. Como ha señalado el TSE, este “[...] amplía el contenido obligacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”<sup>192</sup>. Por tanto, ciertos deberes de conducta serán integrados al contenido contractual por emanar de la naturaleza de la obligación, la costumbre o la ley.

Para ilustrar, se aborda la integración de deberes precontractuales impuestos por la ley. Desde el Derecho de consumo, por ejemplo, la Constitución<sup>193</sup> y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor<sup>194</sup> establecen el derecho a una información precisa y no engañosa sobre las características de productos y servicios. Así, en los contratos de consumo, la falta al deber de información constituye incumplimiento contractual en virtud del principio de integración.

En consecuencia, en los casos de proyección del deber de información al contenido contractual, la parte afectada dispone de acción resolutoria. Además, cuenta

---

<sup>187</sup> Amazonas Cía. Anónima de Seguros c. Sociedad General C.A., CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 1981.

<sup>188</sup> En el primero se alegaba que la cosa arrendada, por una causa superviniente, estaba impedida de ser usada para el fin destinado. *Ver*, Causa No. C4786-2020, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 5 de mayo de 1998. En el segundo, se menciona la cláusula *rebus* como fundamento para la revocatoria de donación por ingratitud. *Ver*, María Francisca Namcela Japón y Manuel Agustín Medina Suquilanda c. Juan Carlos Medina Namcela, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 23 de octubre de 2001.

<sup>189</sup> Carmen Jeréz Delgado, *Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, artículo II.- 3:109.

<sup>190</sup> María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, 53.

<sup>191</sup> Artículo 1562, CC.

<sup>192</sup> Causa No. 1193/2004, TSE, 20 de diciembre de 2004.

<sup>193</sup> Artículo 52, CRE.

<sup>194</sup> Artículo 4(4), Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. Suplemento 116 de 10 de julio de 2000, reformado por última vez R.O. Suplemento 481 de 6 de mayo de 2019.



con una acción reparatoria que comprende el interés positivo del contrato<sup>195</sup>. Por tanto, en los casos que los deberes contractuales ingresen al contenido contractual por el principio de integración, la indemnización pecuniaria con fundamento en la resolución contractual se basa en el modelo (c).

## 7. Conclusiones

Una vez examinado el tratamiento de la responsabilidad precontractual en el sistema civil nacional, se tiene tres hallazgos principales. Primero, el régimen aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual es el extracontractual, en virtud de su carácter residual. Esto implica que el daño indemnizable en materia precontractual es amplio, de acuerdo con el principio de reparación integral.

Segundo, si bien el principio de reparación integral gobierna la indemnización extracontractual, ello no obsta de las limitaciones que debe observar el *quantum* de reparación. La reparación pecuniaria idónea para los supuestos analizados corresponde al modelo (b) que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. Una indemnización basada en el interés positivo será procedente exclusivamente cuando los deberes precontractuales sean introducidos al contenido del contrato por el principio de integración, y, por tanto, su trasgresión configure un incumplimiento contractual.

Tercero, para los supuestos de contratos inválidos y contratos válidos pero desventajosos, es procedente una reparación no pecuniaria. En el primer caso, es posible un reajuste del contrato a partir de la acción prevista para los vicios redhibitorios. En el segundo caso, se propone la adaptación del contrato por vía judicial para restaurar el equilibrio contractual. Si bien esta posibilidad no está recogida expresamente por el Código Civil, un análisis sistemático de la norma demuestra su procedencia.

Las limitaciones que presenta esta propuesta son normativas puesto que el Código Civil no contempla un régimen para la responsabilidad precontractual. Además, la regulación del Código de Comercio resulta insuficiente puesto que contempla exclusivamente la ruptura injustificada de tratativas y no los demás supuestos de responsabilidad precontractual. Esto implica que el presente análisis se realizó, en su mayoría, a partir de doctrina y jurisprudencia comparada, con excepción del caso Prophar S.A. c. Merck que configura el único precedente jurisprudencial nacional.

---

<sup>195</sup> Artículo 1505, CC.

De manera particular, se recomienda un análisis respecto al concurso de remedios previstos para asimetrías informativas en la fase precontractual. Estos son: (a) acción de nulidad por error o dolo; (b) acción redhibitoria por vicios ocultos; y, (c) acción resolutoria por incumplimiento, si el deber se ha integrado al contenido del contrato. Cabe examinar, entonces, si estos remedios son compatibles; o, la parte afectada debe optar por uno de ellos, y, de ser así, analizar su libertad de elección. Posibles soluciones son la eliminación de remedios especiales o una regla que permita administrar los concursos.