

**LA PROCEDENCIA DE LA AVALUACIÓN ANTICIPADA DE DAÑOS
EXTRAPATRIMONIALES EN LA CLÁUSULA PENAL COMPENSATORIA¹**

**THE APPLICABILITY OF ANTICIPATED VALUATION OF NON-MONETARY DAMAGES
IN THE COMPENSATORY PENALTY CLAUSE**

Paúl Ricardo Carrera Torres²
pcarrerat@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

Proveniente de la naturaleza avaluatoria de la cláusula penal surgen dudas respecto de qué tan amplio es su ámbito de indemnizabilidad como regla predeterminada. Frente a esto, en los últimos años ha surgido el debate en lo tocante a la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales. Ambas discusiones parecen estar interconectadas al cuestionarse sobre la validez de la evaluación anticipada de los daños morales contractuales dentro de la cláusula penal compensatoria. El presente artículo estudiará lo referente a la naturaleza de ambas instituciones, y determinará si es que la cláusula penal abarca, o no, a los daños extrapatrimoniales en su evaluación anticipada.

ABSTRACT

From the valuing nature of the penalty clause, a series of questions arise concerning how broad its scope of compensability as a default rule is. Contrasting this, the debate concerning the applicability of non-monetary contractual damages has emerged in the last years. Both discussions seem to be interconnected regarding the validity of anticipated valuation of moral damages into the penalty clause. This paper will study the nature of both institutions and will determine if penalty clauses foresees, or not, non-monetary damages in its anticipated valuation.

PALABRAS CLAVE

Cláusula penal; daño extrapatrimonial; evaluación anticipada; daño extrapatrimonial contractual; indemnizabilidad

KEYWORDS

Penalty clause; non-monetary damage; anticipated valuation; contractual extra-patrimonial damage; compensability

FECHA DE LECTURA: 14 DE MAYO DE 2020

FECHA DE PUBLICACIÓN: 15 DE MAYO DE 2020

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

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

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. LA CLÁUSULA PENAL Y SU NATURALEZA ESENCIALMENTE AVALUATORIA DE PERJUICIOS.- 2.1 Sobre lo concerniente a la naturaleza de la cláusula penal.- 2.1.1 Los tipos de cláusula penal.- 2.1.2 De las funciones de la cláusula penal y la función avaluadora como su función principal.- 2.2 Sobre lo concerniente al ámbito indemnizatorio de la cláusula penal.- **3. DE LOS OBSTÁCULOS QUE PRESENTA LA INDEMNIZABILIDAD DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA CLÁUSULA PENAL.-** 3.1 Daños morales contractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: una discusión *en boga* que parece superada.- 3.1.1 La interpretación que niega la procedencia del daño extrapatrimonial contractual en el Ecuador.- 3.1.2 La interpretación que acepta la procedencia del daño extrapatrimonial contractual en el Ecuador.- 3.2 La cláusula penal y los daños extrapatrimoniales: instituciones que requieren ser mutuamente armónicas.- 3.3 La supuesta imprevisibilidad y la dificultad de evaluar los daños extrapatrimoniales.- **4. LA CLÁUSULA PENAL COMO AVALUACIÓN DE TODOS LOS PERJUICIOS.- 5. CONCLUSIONES.**

1. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal como institución ha permanecido estática desde su inserción al Código de Bello -y por consiguiente al Código Civil ecuatoriano- en 1860, hasta la actualidad. A pesar de esto, no han sido pocas las discusiones que se han mantenido a su sombra. Desde lo correspondiente a su naturaleza y a sus funciones, hasta la controversial de su nombre en comparación con sus efectos, la cláusula penal ha sido sujeta a análisis detenido a lo largo de los años.

En contraste con lo anterior, en el Ecuador, como en varios otros ordenamientos de la región, el ámbito de aplicación de los daños extrapatrimoniales ha tenido desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario; siendo objeto de minucioso estudio a lo largo de los últimos años. Concretamente, es en uno de los incisos más ambiguos de esta institución en el que la doctrina ha puesto especial énfasis: la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales.

Desde la desmitificación de la exclusiva patrimonialidad de los contratos, a la ruptura del dogma de la cláusula penal como una multa, el Derecho Civil ha mantenido sólidas posturas a lo largo de los años. Empatar las discusiones previamente mencionadas es de altísimo interés, y es en lo tocante a estos temas que se centrará el análisis del presente artículo, al responderse, positivamente, la pregunta: ¿abarca la cláusula penal compensatoria una indemnización anticipada por daños extrapatrimoniales?

El presente trabajo abordará un análisis a la naturaleza y la practicidad de la cláusula penal, interpretará a los artículos referentes a ambas instituciones, e intentará definir, con su estudio, conclusiones que reafirmen posturas respecto de la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales, y de la naturaleza de la estipulación de la cláusula penal en el Ecuador.

2. LA CLÁUSULA PENAL Y SU NATURALEZA ESENCIALMENTE AVALUATORIA DE PERJUICIOS

2.1. Sobre lo concerniente a la naturaleza de la cláusula penal

El desarrollo del estudio del Derecho Civil ha permitido que se analice a profundidad, a través de los años, la naturaleza de la cláusula penal en virtud de sus funciones. Lo que inicialmente fue concebido como una penalidad civil³, y luego evolucionó en una garantía para el cumplimiento de obligaciones contractuales⁴, con el paso del tiempo se ha ido consolidando como una institución más apegada a la practicidad: una evaluación anticipada de daños.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile -cuya legislación respecto de la materia es idéntica a la nuestra- ha establecido: “[s]e considera, por regla general, que [la cláusula penal] constituye una forma de evaluar convencional y anticipadamente los perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación⁵”. Mientras que el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1551, define a la cláusula penal como “...aquella en que 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 cumplimiento⁶”. De la sola lectura de este artículo surgen, al menos, dos bases de estudio. En primer lugar, el cuestionamiento sobre la diferencia entre la cláusula penal compensatoria y moratoria; y, en segundo orden, la que se relaciona a la consideración de cuál es realmente la función de esta cláusula, enmarcándola como una suerte de caución o garantía. Sobre estas bases se centrará el estudio a continuación.

2.1.1. Los tipos de cláusula penal

³ Hernán Corral Talciani, *La “Cláusula Penal”: función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 35-37.

⁴ Sergio Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1959), 321-322.

⁵ Rol No. 4626-2008, LP No. 43469, Corte Suprema de Chile, 2 de marzo de 2010, párr. 4.

⁶ Artículo 1551, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

De la lectura del artículo 1551, como se anticipaba anteriormente, sutilmente surgen distinciones entre aquellas cláusulas penales que se ejecutarían netamente por incumplimiento de la obligación principal, llamadas cláusulas penales compensatorias, y aquellas que se ejecutarían al retardar el cumplimiento de la obligación, llamadas cláusulas penales moratorias⁷.

La distinción fundamental entre estos dos tipos de cláusulas es, realmente, la subsistencia de la exigibilidad de la obligación principal al momento de ejecutarse. En la pena moratoria, la acumulación de la obligación principal con la penalidad no presenta problema alguno. Ambas se entienden exigibles y operan sin necesidad de ser haberse estipulado expresamente. En este caso, es evidente que la pena no vendría a reemplazar a la obligación principal, representaría solamente la indemnización por el retardo en el cumplimiento de la obligación⁸, mas no un resarcimiento sobreviniente de los perjuicios generados por el incumplimiento obligacional como tal.

Diferente es el de la pena compensatoria. En este caso, si quisiera exigirse la obligación principal con la pena, tendría que estipularse así expresamente, como lo prescribe el artículo 1553 del Código Civil. A pesar de considerar pertinente su distinción, el presente artículo hará énfasis solamente en la cláusula penal compensatoria, por la sustitución que existe entre la pena, la obligación principal, y la exigibilidad de la indemnización judicial.

2.1.2. De las funciones de la cláusula penal y la función avaluatoria como su función principal

En general, la doctrina ha concluido que la cláusula penal cumple tres funciones: (i) la función garantizadora o de caución, (ii) la función resarcitoria o indemnizatoria, y (iii) la función punitiva o compulsiva⁹. La función garantizadora es aquella por la que la

⁷ Hernán Corral Talciani, "La Cláusula Penal en la Resolución del Contrato", *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez* (2009), 8.

⁸ Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga, y Antonio Vodanovic, *Curso de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Nascimento, 1971), 234.

⁹ Hernán Corral Talciani, "La Cláusula Penal en la Resolución del Contrato", *Estudios jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez* (2009), 8

cláusula penal funge como una caución personal y en virtud de la cual el deudor, al verse forzado al pago de una pena, se disuade de incumplir con sus obligaciones contractuales¹⁰. Por otro lado, la cláusula penal como una evaluación anticipada de los perjuicios que se originen del incumplimiento o del cumplimiento retardado de una obligación¹¹ es lo que usualmente se considera como la función indemnizatoria. Finalmente, también se sostiene que la cláusula penal cumple con una función punitiva, compulsiva o aflictiva porque la pena se establece meramente para castigar una conducta antijurídica¹². Esta última, a diferencia de las dos primeras enumeradas, suele presentar mayores discusiones doctrinarias¹³.

Al menos de la lectura inicial del artículo 1551 del Código Civil, parecería que nuestra legislación toma partido por la cláusula penal como caución, y se centra en su función garantizadora. Concluir que esa es la única función que nuestro sistema adopta, empero, es impreciso.

De la lectura sistemática del Código Civil debe concluirse que la legislación ecuatoriana ha incorporado plenamente a la función indemnizatoria dentro de la naturaleza de la cláusula penal, y es, en nuestra opinión, la función que mayor practicidad y prevalencia tiene en la actualidad. La lectura del artículo 1559 -artículo sobre el que volveremos posteriormente- que prescribe que no se permite al mismo tiempo solicitarse la pena y la indemnización por perjuicios salvo estipulación en contrario, confiriéndole al acreedor un derecho alternativo respecto de estas dos opciones¹⁴, permite inferir que el Código trata a la cláusula penal como una evaluación convencional que funge como resarcimiento, evitando una doble indemnización salvo acuerdo entre las partes. Esto porque la pena ha sustituido, prácticamente, a la indemnización judicial por perjuicios,

¹⁰ René Abeliuk, *Las Obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 567.

¹¹ Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga, y Antonio Vodanovic, *Curso de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Nascimento, 1971), 224.

¹² Aida Kemelmajer, *La Cláusula Penal* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981), 3.

¹³ Abeliuk, por ejemplo, establece que el carácter sancionador de la cláusula penal proviene de la indemnización de perjuicios y no necesariamente de la calificación de 'pena' o 'multa', porque usar este tipo de calificaciones haría que se cumpla la obligación por equivalencia a la pena *ver* René Abeliuk, *Las Obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 567. Kemelmajer, por otro lado, reconoce que ha habido discusiones respecto de que el concepto de pena resultaría, en cierto punto, contradictorio con el concepto de indemnización porque la indemnización se sustenta en que se desea regresar a un punto de equivalencia entre la el daño causado y lo resarcido por ese daño, y que, por otro lado, la idea de la pena o de la multa siempre se sitúa encima del valor correspondiente a la indemnización porque busca castigar -en este caso- al incumplimiento *ver* Aida Kemelmajer, *La Cláusula Penal* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981), 11..

¹⁴ Artículo 1559, CC.

entendiendo que -realmente- su finalidad avaluatoria es idéntica a la cual surgiría de la solicitud judicial de indemnización por perjuicios¹⁵.

La doctrina, en general, ha optado por tener en cuenta a esta función como la que responde a la naturaleza de la cláusula penal. Meza Barros la define como “una evaluación anticipada que hacen las partes de los perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación”¹⁶. Abeliuk, por otro lado, establece:

Si en el estudio de la indemnización de perjuicios algo ha quedado en claro, es la dificultad con que el acreedor tropieza para justificarlos, quedando en muchos aspectos al criterio del juez determinarlos; con la cláusula penal el acreedor evita este grave inconveniente, porque de antemano quedan fijados los perjuicios que deberá indemnizarle el deudor si no cumple la obligación principal¹⁷.

La verdad es que, en la práctica, es esta función la razón por la cual la mayor parte de los contratantes pactan una cláusula penal. La evaluación anticipada de daños en esta cláusula, en principio, libera al acreedor de probar judicialmente que han existido perjuicios¹⁸. Además, permite a los contratantes fijar, con la mayor exactitud posible, cuál es la indemnización que ellos consideran, cabría por los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual, no dejando al arbitrio del juez esta evaluación¹⁹. Las cláusulas de no competencia, por ejemplo, presentan enormes dificultades en cuanto a la liquidación de daños y perjuicios, por lo que, en esta clase de estipulaciones, es enormemente deseable pactar un mecanismo que avalúa anticipadamente los daños²⁰. El carácter indemnizatorio de la cláusula penal, por lo tanto, presenta ventajas prácticas que hacen que su estipulación contractual sea extremadamente conveniente.

La estipulación de una cláusula penal responde absolutamente a la piedra angular del Derecho Civil: la autonomía de la voluntad de las partes. Así, los efectos de la

¹⁵ Si bien el Código Civil ecuatoriano no ha sido expreso en cuanto a la sustitución de una obligación por otra, es lógico establecer que este es el sentido práctico del artículo 1559, porque, salvo estipulación en contrario, solo permite optar por una cosa o por otra. Entre los Códigos que sí han sido expresos respecto de la sustituibilidad de ambas obligaciones está el Código Civil español, que en su artículo 1152 prescribe “En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado...”, o el Código Civil boliviano, que en su artículo 532 establece: “Si se ha estipulado una cláusula penal para el caso de incumplimiento o de retraso en la ejecución de un contrato, la pena convencional sustituye al resarcimiento judicial del daño que hubiera causado la inexecución o el retraso de la obligación principal.”

¹⁶ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 146.

¹⁷ René Abeliuk, *Las Obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 567.

¹⁸ Hernán Corral Talciani, *La “Cláusula Penal”: función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 50-51.

¹⁹ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 144-145.

²⁰ Ver Alfredo Sierra Herrero, “La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo”, *Ius et Praxis No. 2* (2014), 143-145.

estipulación de esta cláusula no son corrientes, y, ciertamente, parecerían ser excepcionales. La regla general en cuanto a la indemnización por daños es no pactarla²¹, y que se indemnice el daño después de probar judicialmente que quien lo generó ha incurrido en una conducta culposa o reprobable²². Es un ejercicio precavido, pero de alto interés contractual, que las partes deseen avaluar la indemnización por daños y perjuicios y no someter esta consideración ante un tribunal²³. Además, la legislación mira positivamente a la previsibilidad de los daños, como bien puede observarse en el artículo 1574 del Código Civil, que prescribe:

Art. 1574.- Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas²⁴.

Qué mayor previsibilidad, pues, que la realizada mediante una valuación anticipada de daños en la cláusula penal. De esta manera, los contratantes han sometido a su consideración y arbitrio cuál sería el monto que encontraría un equilibrio con los daños causados por el incumplimiento contractual.

Enfrentar a la naturaleza de la cláusula penal como una avaluatoria de daños liquidados nos exige prestar profundo análisis a los artículos que el Código dedica a ella, pero, en especial, al derecho alternativo que los artículos 1553 y 1559 presentan y su comparación con el derecho alternativo predeterminado en los contratos bilaterales: la condición resolutoria tácita.

La valuación convencional de daños en la cláusula penal modifica, incluso, reglas generales que solamente pueden ser excepcionadas con la voluntad de las partes. Una de estas es la respectiva al régimen general de los contratos bilaterales al momento de generarse un incumplimiento. Las opciones predeterminadas que tiene el contratante a quien se le ha incumplido es exigir el cumplimiento de la obligación o solicitar la

²¹ José Andrés Contreras, “La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado No. 48* (2010), 15.

²² Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual* (Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2011), 22.

²³ René Abeliuk, *Las Obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 566.

²⁴ Artículo 1574, CC.

resolución del contrato más indemnización de perjuicios²⁵²⁶; la cláusula penal modifica este régimen en los siguientes términos: (i) permite exigir el cumplimiento de la obligación principal, dejando insubsistente a la exigibilidad de la pena²⁷; (ii) permite solicitar la indemnización por daños y perjuicios en sede judicial, nuevamente dejando insubsistente la exigibilidad de la pena²⁸; y (iii) permite exigir la pena, dejando insubsistente la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal y a la solicitud judicial de indemnización por daños y perjuicios²⁹.

En términos interpretativos, entonces, puede verse que la cláusula penal reemplaza a la indemnización de perjuicios judicial por una indemnización convencional³⁰; y es así porque, acorde a las disposiciones del Código Civil, los efectos generales de la cláusula penal son idénticos a los que se tendrían si se optase por la resolución del contrato en la condición resolutoria tácita: la insubsistencia de la obligación principal y el derecho de exigir una indemnización³¹, sea convencional o no.

Es claro que la naturaleza de la cláusula penal, como regla predeterminada, es la de ser indemnizatoria, y, nuevamente, es solo mediante la voluntad de las partes que la cláusula penal deja de lado esta naturaleza y se convierte en algo más. Tan solo los casos de acumulación expresa de la obligación principal y la pena, o de la indemnización judicial y la pena, son realmente momentos en los que se evidencia el carácter punitivo o compulsivo de la cláusula penal.

El hecho de que se pueda acumular la pena y la indemnización, o la obligación principal, da indicios de que en realidad se está realizando esta estipulación para castigar al incumplidor. Cuando se acumula, no quiere llegarse a un punto de equilibrio entre los perjuicios sobrevinientes del incumplimiento y el resarcimiento. En realidad, el hecho de que la obligación principal o la indemnización judicial aún sean plenamente exigibles permite evidenciar que lo que quiere hacer el deudor es presentar un valor que no resarce

²⁵ Así, el Código Civil ecuatoriano establece en su artículo 1505: En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

²⁶ Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga, y Antonio Vodanovic, *Curso de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Nascimento, 1971), 73.

²⁷ Artículo 1553, CC.

²⁸ Artículo 1559, CC.

²⁹ Artículo 1559, CC.

³⁰ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 138.

³¹ *Id.*, 147.

perjuicio alguno, sino que quiere imponer una multa por no haber cumplido con la obligación en los términos inicialmente establecidos³². Pero solo en lo anterior, se podría concluir que la cláusula penal es punitiva. En términos generales, en realidad, es una cláusula de daños liquidados que, a pesar de que se le reconocen otras funciones, es sustancialmente avaluatoria.

Con lo anterior no quiere decirse que la función garantizadora de la cláusula penal no sea pertinente o no tenga cabida en la práctica. No es así. La función garantizadora también cumple un papel fundamental en la naturaleza de la cláusula penal. Tampoco hay problema en la coexistencia de estas dos funciones. La estipulación de una cláusula penal sin inconveniente alguno podría tener un carácter de caución como uno indemnizatorio. Son absolutamente complementarios. Sin embargo, consideramos que el hecho de que a la función garantizadora solo pueda verificársele efectos *ex ante*, y a la función indemnizatoria tanto los efectos *ex ante* como los *ex post*, muestra cómo esta última tiene mayor sentido práctico dentro de la estipulación de la cláusula penal. Es decir, si es que se incumple con un contrato que incluye esta cláusula, la función garantizadora no hubiese surtido efectos, e incluso si es que se cumpliera el contrato, probar que se cumplió en virtud de la función disuasiva de la cláusula penal, y no por buena fe contractual -o por cualquier otro motivo cuya razón solo estará en el fuero interno del contratante- sería una tarea que presentaría hartas dificultades. Por otro lado, la función indemnizatoria de la cláusula penal siempre surtirá efectos prácticos. La evaluación tendrá utilidad tanto en el momento de su estipulación, como lo tendrá el momento en el cual se incumpla con las obligaciones contractuales. Tendrá utilidad, pues, tanto en la normalidad como en la patología.

Esto último, es fundamental reiterar, no es argumento para establecer que hay disonancia entre ambas funciones; simplemente es un estudio que alude a la complejidad de esta institución; porque aunque sus funciones responden, principalmente, a distintos principios del Derecho Civil -la función garantizadora al principio *favor contractus*³³, mientras que la función indemnizatoria es reactiva al incumplimiento contractual,

³² Hernán Corral Talciani, *La "Cláusula Penal": función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 16.

³³ Ver Ángela Lora Echavarría, "El principio de conservación del contrato (*favor contractus*) en la convención sobre la compraventa internacional de mercaderías", *Summa Iuris* No. 4 (2016), 254-255.

respondiendo al principio de responsabilidad negocial³⁴- estas no dejan de tener sentido al estudiarlas interdependientemente.

2.2. Lo concerniente al ámbito indemnizatorio de la cláusula penal

De lo anterior surge el *elefante en la habitación*, y su lectura lleva a la pregunta: ¿qué, entonces, indemniza la cláusula penal? Esta pregunta obliga a realizar un análisis del artículo 1559, previamente mencionado. El derecho alternativo que surge de este artículo no es de poca importancia, y, ciertamente, debe interpretarse de la manera más precisa posible. Este establece:

No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena³⁵.

Previamente se estudió lo que, a nuestro criterio, significa la equiparación de la pena con la indemnización judicial: la pena como indemnización convencional; pero es fundamental considerar, ahora, cuáles serían los efectos de optar por la última. En realidad es una decisión, al menos predeterminadamente, definitiva. Si es que el contratante opta por solicitar la pena, entonces, en principio, no podrá solicitar indemnización de perjuicios. Es la autonomía de la voluntad de las partes, nuevamente, la que permitiría modificar esta regla. Si es que quisiese excluirse la indemnizabilidad de algún tipo de daño con la cláusula penal, entonces tendría que hacerse expresamente³⁶.

Esto aplica de manera clara en los casos en los cuales, por un motivo u otro, los contratantes quisieran dejar para consideración judicial ciertos daños que ellos no estiman previsibles al momento de pactar la cláusula penal. Este, por ejemplo, sería el caso de una persona que celebra un contrato de compraventa de un automóvil e incluye una cláusula penal. El incumplimiento de este -y la posterior ejecución de la cláusula- indemnizaría, en términos generales, todo daño indemnizable y previsible sobreviniente del incumplimiento contractual. Esto podría generar complicaciones si es que el comprador del automóvil, a quien se le incumplió el contrato, quería utilizarlo para inscribirlo en una

³⁴ Ver Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico* (Madrid: Civitas, 1985), 126.

³⁵ Artículo 1559, CC.

³⁶ José Andrés Contreras, “La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano”, *Revista de Derecho Privado No. 48* (2010), 20-21.

cooperativa de taxis y lucrar de ello, porque a menos que se haya excluido al lucro cesante de la evaluación de los daños en la cláusula penal, no podrían someterse a consideración judicial, porque ya se ha optado por una de las alternativas presentadas por el artículo 1559, y la otra opción, por lo mismo, queda insubsistente³⁷. Por esto, la regla predeterminada es que, al pactarse una cláusula penal, los contratantes han analizado todos los daños previsibles e indemnizables que podrían sobrevenir del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los han avaluado anticipadamente.

Es así como las disposiciones referentes a la cláusula penal no son expresas en excluir cierta clase de daño por evaluarse con la estipulación de esta. Los daños evaluados son, ciertamente, todos aquellos que la ley considera indemnizables al momento de la celebración. Bajo esta premisa, pues, en principio no parecería existir excepción respecto de los daños extrapatrimoniales. El artículo 1559 no hace distinciones entre los tipos de daño evaluables, y ciertamente parecerían incluirlos en la opción definitiva entre la pena o la indemnización.

Lo anterior no debe ser establecido como un dogma sin discusión alguna en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, porque esta conclusión exige una discusión previa: la relativa a la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en el Ecuador. La conclusión anterior se hace en base de que los daños que se liquidan con la ejecución de la cláusula penal son todos aquellos que estén previstos como indemnizables y previsibles en sede contractual, y es por eso por lo que se estudiarán cuáles son estos en las siguientes secciones.

3. DE LOS OBSTÁCULOS QUE PRESENTA LA INDEMNIZABILIDAD DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA CLÁUSULA PENAL

Sostener que la cláusula penal avalúa también a los daños morales encuentra, consideramos, tres obstáculos que se abordarán en las siguientes secciones: en primer lugar la procedencia o improcedencia del daño extrapatrimonial contractual; en segundo orden, el aparente anacronismo entre la institución del daño extrapatrimonial y la de la

³⁷ Arturo Alessandri Rodríguez; Manuel Somarriva Undurraga, y Antonio Vodanovic, *Curso de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Nascimento, 1971), 232.

cláusula penal, y, finalmente, la aparente imprevisibilidad y la dificultad de calcular los daños morales.

3.1. Daños extrapatrimoniales contractuales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: una discusión *en boga* que parece superada

La discusión respecto de la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en el régimen ecuatoriano ha sido una de altísima importancia, y sin la cual este trabajo carecería de todo fundamento; sin embargo, parecería que la tesis que favorece a la procedencia de este tipo de daños -al igual que en otros ordenamientos con similar discusión- es la que mayor recepción ha tenido.

Respecto de esta discusión, el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano, lejos de brindar sosiego, ha sido la llama que ha incendiado el debate. Este prescribe:

[...] La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.³⁸

El anterior artículo, ubicado en el título XII del Libro Cuarto del Código Civil - título que prescribe lo relativo a la responsabilidad civil contractual- ha sido, principalmente, abordado por dos interpretaciones que se estudiarán a continuación.

3.1.1. La interpretación que niega la procedencia de los daños morales contractuales en el Ecuador

La interpretación clásica que se ha dado respecto del artículo anteriormente enunciado es la que de plano niega la procedencia del daño moral contractual por la - aparente- literalidad de las palabras en la norma y su ubicación en el Código. Se ha establecido que el tercer inciso exceptúa al daño moral de las indemnizaciones por

³⁸ Artículo 1572, CC.

incumplimiento contractual; y que, además, el hecho de que las normas referentes a los daños morales se encuentren en el título XXXIII del libro IV del Código Civil y no en la sección en la que se encuentra el precedente artículo (respecto de los efectos de las obligaciones contractuales), confirma que, efectivamente, la intención del legislador ha sido negar la procedencia de los daños morales sobrevinientes del incumplimiento contractual³⁹.

La discusión respecto de la improcedencia del daño extrapatrimonial contractual se da, en gran parte, porque se ha apreciado clásicamente que la naturaleza de los contratos es velar por intereses netamente económicos⁴⁰, y que el incumplimiento de obligaciones contractuales, si bien genera una serie de conmoción o desequilibrio psíquico, no es causa ilícita suficiente para determinarla como daño resarcible⁴¹.

A pesar de que lo anteriormente estudiado ha sido una interpretación que se ha considerado válida, sobre todo al comienzo de la aplicación del daño extrapatrimonial en el Ecuador⁴², su dogmática va perdiéndose con el paso del tiempo dado el surgimiento de una tesis que tiene mayor lógica y recepción en el contexto actual. Es que esta interpretación clásica, partió desde el precepto de que los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual no son, realmente, un hecho ilícito suficiente, y que bajo ningún concepto se podrían indemnizar daños extrapatrimoniales por el incumplimiento de obligaciones que son -supuestamente por naturaleza- patrimoniales. La tesis, anteriormente única, de que los daños extrapatrimoniales contractuales son improcedentes resulta, ahora, algo caduca. La patrimonialidad de los contratos como fin único de estos se ha desmitificado, y la consideración de que el incumplimiento contractual no es causa ilícita suficiente se ha ido desmintiendo al nivel de incorporar expresamente, en diversos ordenamientos, la procedencia del daño extrapatrimonial contractual.

³⁹ Daniela Páez Salgado, “¿Daño moral por incumplimiento de contrato? Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre 2010”, *Iuris Dictio* (2015), 70.

⁴⁰ *Id.*, 67

⁴¹ Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños: El daño moral. Tomo IV* (Buenos Aires: Ediar, 1986), 75-76.

⁴² En 1998, Juan Larrea Holguín, por ejemplo, estableció que le resultaba improcedente la existencia de los daños morales sobrevinientes del incumplimiento de obligaciones contractuales, por no configurarse una causa eficiente. Ver Juan Larrea Holguín, *Tratado de Derecho Civil Tomo XV* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), 217-222.

3.1.2. La interpretación que acepta la procedencia de los daños morales contractuales en el Ecuador

Aun cuando, a lo largo de los años, la doctrina anterior ha sido ampliamente utilizada, e incluso artículos recientes aún niegan la procedencia de los daños morales en sede contractual; parecería que, más y más, la discusión respecto de su procedencia se centra en la intención del legislador al prescribir una serie de palabras en el artículo 1572, que -realmente- en motivos que se pueden sostener sólidamente en cuanto a un análisis jurídico. Es por esto que, al igual que en el estudio de los argumentos presentados en la anterior interpretación, es fundamental realizar un análisis al artículo previamente mencionado, y así, un breve repaso a la incorporación del daño moral en la legislación civil ecuatoriana.

No es descabellado pensar, en realidad, que gran parte de la discusión proviene de la palabra *exceptúanse* en el artículo 1572, y sobre a qué hace referencia. A pesar de que la interpretación clásica, dada la ubicación del artículo en el Código Civil, ha establecido que se exceptúa la indemnización de daño moral en sede contractual, subsiste la pregunta ¿hace, referencia, realmente a la exclusión de los daños extrapatrimoniales del régimen de indemnización contractual?

Contrario a la interpretación anteriormente enunciada, parecería ser que cuando el legislador ha utilizado la palabra *exceptúanse*, no lo ha hecho para deslindar a los daños extrapatrimoniales de cualquier tipo de indemnizabilidad contractual, sino que, lo que ha hecho es exceptuarlos de la clasificación clásica que se comprende en los daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante. En este orden, Juan Carlos Darquea establece el argumento anterior en estos términos:

[...] En otras palabras, lo que ha querido decir el legislador ecuatoriano con la introducción del inciso *in comento*, en mi opinión, es apartarse de la regla aplicable a los daños patrimoniales y, por ende, excluir los conceptos de daño emergente y lucro cesante de la reparación de los perjuicios no patrimoniales, al tratarse de conceptos estrechamente vinculados con el patrimonio, no aplicables a los perjuicios extrapatrimoniales⁴³...

Es una importante apreciación. Excluir a los daños morales de sede contractual, en realidad, llevaría a pensar que el sistema jurídico no sigue el principio esencial de

⁴³ Juan Carlos Darquea, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano” (tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2014), 85.

reparación integral del daño⁴⁴, y que pesaría demasiado la consideración de una minucia: la fuente de la cual nace la obligación de indemnizar. Es por esto que, realmente, tiene más sentido hacer caso omiso a la fuente de la obligación, y centrarnos en el hecho antijurídico⁴⁵, que ya daría, al menos, un elemento para considerar a un daño como resarcible.

Bustamante Alsina establece que “[...] la culpa en el incumplimiento contractual se manifiesta por el daño causado al acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente.⁴⁶” El incumplimiento contractual, pues, constituye un hecho antijurídico convencional que no carece en absoluto de importancia, y que no debería ser menospreciado por haber nacido de la voluntad de las partes, y no de la ley, del delito o del cuasidelito. Habría, en este caso también, que tomar en consideración que el contrato es ley para las partes; y la ley a la que se han sometido voluntariamente los contratantes, puede ser menoscabada con hechos contrarios a esta, como el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es, además, pertinente considerar que las diversas reformas al Código Civil respecto de la incorporación de preceptos de daño moral han mostrado que el legislador ha tratado de ampliar progresivamente el ámbito de aplicación de los daños extrapatrimoniales, y el artículo 1572 no debería ser considerada como excepción a esta amplia aplicación. Desde la incorporación en 1970 del concepto de ‘daño moral’ en el Código Civil, donde se introdujo el, ahora, artículo 2231⁴⁷, a los demás artículos introducidos con la Ley 171 de 1984 que amplían la aplicación del daño extrapatrimonial, y -a nuestro parecer- introducen la categoría del daño reputacional, es clara la intención del legislador de ahondar sobre lo respectivo a los daños extrapatrimoniales; mas no restringirlos⁴⁸. La introducción del, ahora, artículo 1572 con el resto de los preceptos ya

⁴⁴ Luis Parraguez, y Juan Carlos Darquea. “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8* (2016), 105-106.

⁴⁵ Guillermo Ospina Fernández, *Régimen General de las Obligaciones* (Bogotá: Editorial Temis, 2008), 122-123.

⁴⁶ Jorge Bustamante Alsina, *Teoría de la responsabilidad civil*. (Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1993), 96.

⁴⁷ Reforma al Código Civil de 1970 [Por la cual se incorpora la tipificación referente a los daños morales en el Código Civil ecuatoriano], Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970.

⁴⁸ Ver Ley 171 de 1984 [Por la cual se amplía la tipificación referente a los daños morales en el Código Civil ecuatoriano], Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

permite crear indicios de que se hizo en aras de profundizar sobre el ámbito de los daños extrapatrimoniales, no para palearlos de aplicación en el foro contractual⁴⁹.

Parece ser que, aunque sean escasas las decisiones en esta materia, la jurisprudencia ecuatoriana coincide con la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales, como se ha visto en distintas sentencias⁵⁰. En la primera, la empresa Hotel Boulevard y Predial Nueve de Octubre S.A. demandó por perjuicios a Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada ya que la segunda había terminado unilateralmente un contrato de administración hotelera suscrito entre ambas partes. La parte actora estableció que la terminación contractual le había generado tanto perjuicios patrimoniales, como un detrimento a su reputación, ya que el abandono intempestivo de las actividades administrativas había generado reclamos y descontento de los huéspedes, proveedores, y trabajadores. La sentencia de primera instancia aceptó la pretensión de la parte actora, ordenando el pago de más de \$400.000 dólares en concepto de indemnización por daños morales; la sentencia de segunda instancia no aceptó la pretensión respectiva al daño moral, alegando que este no se habría probado; motivo por el cual Hotel Boulevard interpuso recurso de casación, en el cual la Corte Nacional de Justicia ratificó la sentencia del juzgado de primera instancia, ordenando el pago de la indemnización por daños morales que avaluó el juez de primera instancia⁵¹.

Así, la Corte Nacional de Justicia declara, respecto de los daños morales sufridos por la parte demandada, lo siguiente:

⁴⁹ Para mayor estudio respecto de lo anterior, *ver* Juan Carlos Darquea, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano” (tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2014), 89-92.

⁵⁰ Aunque en el presente estudio se analizarán dos de las sentencias que, consideramos, son más emblemáticas; de manera reciente, en el año 2018, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana reiteró la procedencia de los daños morales contractuales, pero, a nuestro juicio, su análisis respecto de esto no fue suficiente, al no hacer referencia expresa al origen contractual del hecho antijurídico. Para mayor información *ver* Causa no. 1753-2014, Corte Nacional de Justicia. Sala de lo civil, mercantil y familia., 25 de julio de 2018.

⁵¹ Causa No. 019-2007-Ex 3ra k.r, Corte Nacional de Justicia. Sala de lo civil, mercantil y familia., 8 de septiembre de 2010, pág. 9.

[...] De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del Juez la determinación del valor de la indemnización reclamada, atentas las circunstancias previstas en el inciso primero del artículo 2232 del Código Civil... es claro que la empresa Londohotel S.A. y su garante solidaria la Sociedad Comercial Hoteles Limitada incumplieron el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard... tal incumplimiento ha causado daños y perjuicios materiales, y perjuicios morales a las empresas demandantes.

Como puede verse, la Corte hace bien en no realizar una diferenciación demarcada respecto de cuál es la fuente de la obligación de indemnizar, sino que es clara en establecer que la reparación por daños extrapatrimoniales vendrá de la acción u omisión ilícita del demandado, y que el incumplimiento contractual se debe enmarcar dentro de este tipo de acciones ilícitas que generan perjuicios morales.

La Corte Nacional no realiza análisis alguno respecto del artículo 1572, lo que, honestamente, hubiese sido deseable para que la interpretación respecto de la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales no tenga que realizarse simplemente en virtud de la aquiescencia del foro, sino con un pronunciamiento expreso de este; pero el resto de sus disposiciones son absolutamente claras respecto de la procedencia de los daños morales en sede contractual.

A pesar de lo anterior, después de cinco años, dicha Corte hizo referencia expresa al artículo 1572, aceptando nuevamente la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales. En dicho caso, el Doctor Bernardo Blum, ginecólogo que celebró con la señora María Augusta Aguirre un contrato de servicios médicos para asistirle en el periodo de gestación, incumplió sus obligaciones contractuales al no haber comunicado a la paciente que padecía de citomegalovirus, y que su hijo nacería con síndrome de Down. Más adelante, el niño fallecería en labor de parto. La parte actora alegó que se había generado un daño moral al no haberle informado sobre la situación correspondiente, ya que de haberlo sabido hubiese buscado tratamiento en el exterior, y no solo se hubiese mantenido en reposo, como lo sugirió el demandado. La Sala sentencia, entonces, el pago de \$25.000 a título de reparación por daño moral.

En el marco del caso anteriormente mencionado, la Corte Nacional se pronunció en los siguientes términos:

Si bien es cierto que es discutible que quepa daño moral en sede de responsabilidad contractual, por la literalidad del artículo 1572, creemos que en este caso dada la naturaleza del contrato de asistencia médica si cabe considerar que del incumplimiento de un contrato entre médico y paciente se produzcan daños morales. La cuantificación de dicho daño moral quedaría al buen criterio del juzgador según el artículo 2232 del Código Civil. Ahora bien, para asignar una indemnización por daño moral debería en la demanda constar una petición por daño moral. La demanda es suficientemente clara en este sentido, por lo que no vemos mayor inconveniente en reconocer daño moral en la madre por los padecimientos sufridos⁵²...

Si bien la Sala reconoce haber discusión respecto del artículo 1572 del Código Civil, acepta la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales, y avalúa los daños según lo establecido en el artículo 2232. Es evidente que el foro anteriormente mencionado se suma a la evolución jurisprudencial respecto de la resarcibilidad de los daños morales en sede contractual, considerándolos absolutamente procedentes.

Ecuador no ha sido el único que ha presentado esta discusión. Realmente, un sinnúmero de ordenamientos jurídicos han tenido dudas acerca de la procedencia del daño extrapatrimonial contractual, pero la tendencia ha sido, más y más, aceptar su aplicabilidad. Es así como Chile, por ejemplo, ha interpretado favorablemente, en varias jurisprudencias, la procedencia del daño moral contractual⁵³. Ciertamente, el ordenamiento chileno tuvo el más arduo de los trabajos tan solo en el reconocimiento del daño extrapatrimonial en sí, al no estar establecida, expresamente, su resarcibilidad en su Código Civil⁵⁴; pero la interpretación jurisprudencial no solamente integró esta categoría, sino que fue ampliándola hasta, lo que la profesora Carmen Domínguez llama, la plena reparación del daño moral derivado del contrato. Establece: “[d]e este modo, en el presente, la procedencia del daño moral en sede contractual es de firme recepción y, con ello, nuestro sistema ha avanzado hacia una conclusión que se imponía desde la lógica y, más aún, desde el estricto plano de la justicia⁵⁵.”

⁵² Causa No. 17711-2014-0158, Corte Nacional de Justicia. Sala de lo civil, mercantil y familia, 7 de septiembre de 2015, pág. 33.

⁵³ Desde 1951 a 2007, la Corte Suprema de Chile ha sostenido la procedencia del daño extrapatrimonial contractual en diversas sentencias. Para mayor información respecto de esta jurisprudencia *ver* Luis Parraguez, y Juan Carlos Darquea. “La arbitrabilidad del daño moral”... p. 99-100.

⁵⁴ El Código Civil chileno, a diferencia del ecuatoriano, no tiene norma expresa que establezca la resarcibilidad del daño extrapatrimonial, pero la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la procedencia y aplicación de este se ha basado en sus artículos 2314 y 2329, que establece el régimen general de resarcibilidad por daños, estableciendo que “todo daño” al que se le impute negligencia o malicia de otra persona puede ser resarcido. Para mayor profundidad dentro de este análisis, *ver* Carmen Hidalgo Domínguez, “La reparación del daño moral derivado de contrato en el Derecho Civil Chileno: Realidad y Límites”, *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado, Universidad Diego Portales* (2006), 229.

⁵⁵ *Id.*, 231.

Perú expresamente ha admitido la resarcibilidad del daño moral contractual en su artículo 1332⁵⁶, situado en el título que se refiere a los efectos de la inexecución de las obligaciones contractuales, y reitera que los daños morales sobrevinientes de estas también pueden ser indemnizados.

Agregándose a los sistemas que aceptan la procedencia del daño extrapatrimonial contractual está el español, que ha fallado favorablemente en numerosas sentencias⁵⁷. Así el autor Josep Solé Feliu ha establecido: “[e]n la actualidad, no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales españoles con respecto a la indemnización del daño moral causado por un incumplimiento contractual⁵⁸”

A pesar de haber realizado tan solo un análisis breve, la suma de lo anteriormente estudiado, encamina a concluir que la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en el Ecuador ha sido aceptada, y que -más bien- negar la procedencia de estos, podría dejar sin castigo –y por ende reparación- una gran cantidad de hechos antijurídicos. Esa, bajo ningún concepto, es una situación aceptable.

Como se ha podido observar, a pesar de haber una cándida discusión acerca de la resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales contractuales, tanto la evolución doctrinaria como la jurisprudencia ecuatoriana lleva a pensar que, bajo ningún concepto, los daños extrapatrimoniales contractuales son improcedentes, por lo que no deberían presentar limitación alguna a lo que la cláusula penal indemniza. Este, aunque en principio deba ser discutido y estudiado, no es realmente un límite. Los daños morales contractuales están dentro del ámbito de daños que se resarcen en sede contractual, y comprendidos como están en el Código Civil, deben englobarse dentro de lo que la ejecución de la cláusula penal indemniza.

3.2. La cláusula penal y los daños extrapatrimoniales: instituciones que requieren ser mutuamente armónicas

⁵⁶ Artículo 1332, Código Civil peruano, Perú, 25 de junio de 1984.

⁵⁷ Ver Ignacio Marín García, *El daño moral y su cuantificación*. (Barcelona: Walter Kluwer, 2017), 212-224.

⁵⁸ Josep Solé Feliu, “El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español”, *Revista para el análisis del Derecho* (2009), 18.

Estudiado ya lo anterior, es fundamental que tratemos lo que, consideramos, podría ser planteado como el segundo límite de la evaluación de los daños extrapatrimoniales en la cláusula penal: la diferencia cronológica entre la inserción de la institución de los daños morales, y la de la cláusula penal en el Código Civil ecuatoriano.

Los artículos correspondientes a la cláusula penal son tan originales ahora, como lo fueron cuando inicialmente se insertaron en el Código Civil, en 1860. Es que, *grosso modo*, el momento en el que nació el Código Civil ecuatoriano, nació también la institución referente a la cláusula penal, y desde entonces hasta la actualidad, sus artículos han permanecido inmutables⁵⁹. A diferencia de lo anterior, la tipificación de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador es, más bien, nueva. Como se anticipó en la sección anterior, los daños morales se introdujeron al Código Civil en 1971, y la Ley 171 de 1984 incorporó y amplió su ámbito de aplicación.

En inicio, lo anterior podría llevar a pensar que las dos instituciones son incompatibles, y que la institución de la cláusula penal bajo ningún concepto quiso abarcar a los daños extrapatrimoniales, simplemente porque estos se incorporaron más de doscientos años después. En principio, es cierto: el Código incorporó en momentos distintos a estas instituciones, pero esto no significa que ambos regímenes sean incompatibles entre sí.

Es que en realidad, alegar que los daños morales no existieron en el régimen civil ecuatoriano hasta su inserción expresa en 1970 es impreciso. Al igual que en el régimen chileno, el Código Civil ecuatoriano cuenta -y ha contado desde el Código de Bello- con el artículo 2229, que prescribe lo correspondiente al régimen general de resarcibilidad por daños. El artículo es claro en establecer que *todo daño* que haya sido causado por malicia o negligencia de otro debe ser reparado⁶⁰. No hace referencia, ni excluye a una clase de daño en específico y su apertura permite inferir que, evidentemente, los daños extrapatrimoniales bien pueden enmarcarse dentro de las disposiciones generales y ser resarcidos por estas.

Por lo anterior, es impreciso señalar que el legislador bajo ningún concepto pudo haber concebido un supuesto de daño extrapatrimonial. Este ha incorporado un artículo

⁵⁹ Ver artículos 1520-1529, Código Civil [CC], Registro Auténtico 1860, de 3 de diciembre de 1860, reformado por última vez R.O. 352 de 20 de junio de 1930. Código Civil.

⁶⁰ Artículo 2304, Código Civil [CC], Registro Auténtico 1860, de 3 de diciembre de 1860, reformado por última vez R.O. 352 de 20 de junio de 1930.

suficientemente amplio para dejar a discreción judicial la resarcibilidad de un daño, incluso extrapatrimonial, inferido a una persona con malicia o negligencia. Ahora, la tipificación del daño moral en la década de los '70, y la ampliación de este en los '80, no presupone la inexistencia de estos previamente, sino su demarcación exacta en el Código Civil.

Ahora, respecto de la inserción expresa de la institución de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador, cabe considerar que, al momento de incorporarse nuevas normativas dentro de un cuerpo legal, es fundamental que las normas tengan una interdependencia y coherencia entre sí⁶¹ para que tengan sentido sistemático y no estén aisladas unas de otras. En este sentido, Ricardo Guastini ha establecido: “[...] las normas que componen un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes sino que, por el contrario, tienen relaciones las unas con las otras⁶²”. Así, si es que quisiera desconectar a una institución de otra, o limitar la aplicación de la nueva institución respecto del resto del ordenamiento preexistente deben excluirse expresa o tácitamente⁶³, porque de no existir esta exclusión, se entiende armónico con el resto del ordenamiento.

Lo que es cierto, es que, con unas precisiones, fácilmente puede entenderse como, además de lo anterior, ambas instituciones presentan puntos de conexión fundamentales, que aportarían a la teoría de la armonización y coexistencia de estas. Sobre todo en cuanto al carácter pecuniario que el legislador les ha conferido a los daños morales en el ordenamiento ecuatoriano.

Así, el artículo 2232 del Código Civil prescribe:

En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta...

Lo anterior es de suma importancia porque demuestra que el legislador ha decidido que, a pesar de que desde el punto de vista emocional de la víctima, el daño moral es inconmensurable, es mejor resarcirlo con dinero a dejarlo sin indemnización alguna⁶⁴. El

⁶¹ Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil* (Madrid: Tecnos, 2015), 169

⁶² Ricardo Guastini, “Proyecto para la voz “ordenamiento jurídico” de un diccionario”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* No. 27 (2004), 259.

⁶³ Ver Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho* (México D.F.: UNAM, 1960), 39-40.

⁶⁴ Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 288.

legislador ha tomado la decisión consciente de evaluar los daños extrapatrimoniales de manera pecuniaria, y eso no tiene poca relevancia, porque esto lo hace absolutamente compatible con el carácter patrimonial de la evaluación anticipada que se haría en la cláusula penal. Las formas de reparación, sea por la indemnización convencional o la indemnización judicial podrían ser idénticas, porque el Código Civil prevé de manera predeterminada que la reparación monetaria es la procedente respecto de los daños extrapatrimoniales. Distinto sería, en cambio, si es que el legislador hubiese previsto que la forma de reparar el daño moral fuese únicamente con medidas no pecuniarias, haciendo, en principio, que haya disonancia entre ambas instituciones. Sin embargo, la voluntad del legislador es clara, y es por esto por lo que los daños extrapatrimoniales conectan, desde la lógica de su institución, a la lógica de la institución de la cláusula penal, haciéndolos absolutamente compatibles.

Por lo tanto, así es como debe entenderse a la coexistencia de estos regímenes. La diferencia entre los momentos en los cuales se incluyeron ambas instituciones poco tiene que ver con su conexión, porque se asume -y es así en efecto- que ambas coexisten sistemáticamente y funcionan como un todo, sin excluirse y comprendiéndose entre sí de ser necesario. Sin duda alguna, al momento de incorporarse los daños extrapatrimoniales al sistema civil, se incorporó una especie de daño más que comprende la evaluación anticipada de la cláusula penal. Así, es claro que los artículos referentes a esta cláusula no parecen tener antinomia alguna con los artículos referentes al daño moral, y, más bien, parecen encajar de manera perfecta.

3.3. La supuesta imprevisibilidad y la dificultad de evaluar los daños extrapatrimoniales

El último de los aparentes obstáculos que, a nuestro criterio, parece surgir en contra de la evaluación anticipada de los daños extrapatrimoniales es el que establece que los daños morales parecerían ser, en principio, imprevisibles e incalculables. En realidad, el hecho de que los daños extrapatrimoniales carezcan del carácter objetivo del que están provistos los daños patrimoniales no los vuelven una institución etérea que no puede ser sujeta a previsibilidad o evaluación alguna, y la legislación así lo reconoce. En realidad, un análisis detenido del Código Civil demuestra claramente que las únicas categorías de

daños que se consideran predeterminadamente imprevisibles son los causados por fuerza mayor o caso fortuito.

Así, el artículo 1574 hace referencia a esta categoría de daños que el Código considera como imprevisibles. Pero incluso la mora o el incumplimiento causados en consecuencia de estas categorías se pueden considerar como indemnizables, ya que el artículo prevé que: “las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. Así, si es que los contratantes desearan que los daños causados por fuerza mayor o caso fortuito sean resarcibles, tendría que establecerse expresamente⁶⁵.

De esta manera, son solo las categorías mencionadas con anterioridad las que el Código considera, abstractamente, como imprevisibles. Nunca considera que el daño moral sea imposible de prever anticipadamente en una evaluación, y no lo nombra como excepcional en el artículo 1574 -como sí lo hace con la categoría de los daños sobrevinientes de la fuerza mayor o el caso fortuito- porque ya los considera dentro de los daños enunciados en su primer inciso: aquellos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Esto significa que si es que quisiese dejarse de lado a la indemnización por daños extrapatrimoniales con la ejecución de la cláusula penal tendría que establecerse una excepción a la regla general y excluirse a los mismos expresamente.

Ahora, puede sostenerse que no es procedente la evaluación de daños extrapatrimoniales en la cláusula penal porque esta es una categoría incalculable. Es un punto que tiene una noción válida, pero somos de la opinión de que este argumento es desvirtuado por dos motivos: en primer lugar, porque transferir la evaluación de daños extrapatrimoniales a un juzgador no sanearía la dificultad que se tiene en cuanto a su evaluación, ya que esta liquidación, incluso si proviene de la sana crítica de un juez, siempre será una tarea de suma dificultad que recae en criterios subjetivos⁶⁶; y en segundo lugar, que la incertidumbre y la dificultad de calcular anticipadamente a los perjuicios es algo que acompaña a varios tipos de daños, y no solamente al extrapatrimonial. Se podría sostener que tan incalculable e imprevisible como el daño extrapatrimonial es el lucro cesante, pero es una evaluación que se acepta predeterminadamente y sin demasiados reparos. En principio la evaluación convencional tiene prevalencia, incluso si es que esta se hace sobre criterios subjetivos. Así lo ha establecido la Corte Suprema de Chile:

⁶⁵ Artículo 1574, CC.

⁶⁶ Carlos Gómez Liguierre, *El daño moral y su cuantificación* (Barcelona: Walter Kluwer, 2017), 51-53.

Este tipo de liquidación [el de la cláusula penal] proviene directamente de las partes, ya que son ellas quienes pueden evaluar mejor que nadie los efectos del incumplimiento, inclusive considerando las razones particulares y hasta subjetivas que importan su real y verdadero interés en que las prestaciones se cumplan debidamente⁶⁷.

A pesar de lo anterior, bien podría suceder que el acreedor considere que la indemnización convencional no es suficiente por algún motivo, y es por eso por lo que el Código, ingeniosamente, brinda a los contratantes el derecho de opción del artículo 1559 por el cual, en todo momento, podría optar por someter la evaluación de perjuicios a consideración judicial, eso sí, sacrificando la liberación de la carga de la prueba de los daños causados.

Es por lo anterior que se puede observar cómo: (i) el primer límite propuesto no es realmente tal, ya que tanto la evolución jurisprudencial como doctrinaria han favorecido a la interpretación de que los daños extrapatrimoniales son procedentes en sede contractual; esto los vuelve daños indemnizables, y por lo tanto, calculados de manera predeterminada por la evaluación en la cláusula penal; (ii) el segundo obstáculo no tiene fundamento, ya que la institución del daño moral es absolutamente armónica con la de la cláusula penal a pesar de haber sido tipificados en momentos distintos; y (iii) la subjetividad que acompaña a la evaluación de los daños extrapatrimoniales no es motivo suficiente para establecer que estos son incalculables o imprevisibles, por lo que bien podrían evaluarse anticipadamente en la cláusula de daños liquidados.

4. LA CLÁUSULA PENAL COMO AVALUACIÓN DE *TODOS* LOS PERJUICIOS

Decir que la discusión sobre la indemnizabilidad de los daños morales con la ejecución de la cláusula penal compensatoria presenta pocos reparos y obstáculos sería ingenuo. En realidad, es una visión progresiva de las instituciones del Derecho Civil, pero una que -al momento de superar los aparentes límites que atraviesa- sigue una secuencia lógica. En realidad, no hay indicios de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano establezca limitación alguna al ámbito de indemnización de la cláusula penal, y así se verá a continuación.

⁶⁷ Rol No. 136-2006, Corte Suprema de Chile, 24 de marzo de 2008.

Como se mencionó anteriormente, las opciones presentadas por el artículo 1559 del Código Civil son claras, definitivas y solo podrían limitarse expresamente. Sin excepciones, el artículo mencionado permite solicitar la pena como indemnización convencional, o la indemnización de perjuicios judicialmente. La regla general, siguiendo pues lo establecido en los artículos correspondientes a la cláusula penal, es que al momento de su ejecución se entiendan ejecutados todos los daños que podrían sobrevenir del incumplimiento contractual, y que la legislación conoce, impidiéndole solicitar perjuicios judicialmente a menos que se haya pactado así de manera expresa. En este orden, Meza Barros establece: “[l]e está vedado [al acreedor] reclamar la pena e intentar, en la forma ordinaria, un cobro de perjuicios suplementario, salvo expresa estipulación en contrario”⁶⁸.

Sobre los daños que la legislación considera como indemnizables, debe usarse como guía al ya mencionado artículo 2229 del Código Civil. Como se vio anteriormente, este prescribe que, como regla general, *todo daño* al que pueda imputársele malicia o negligencia de una persona a otra debe ser reparado por la persona maliciosa o negligente⁶⁹. Bajo esta regla general debe regirse el análisis de la malicia o negligencia, con independencia del margen de la situación en la cual se ha producido este daño, sea contractual o extracontractual; o la patrimonialidad o extrapatrimonialidad del perjuicio. El Código, efectivamente, hace una distinción práctica entre la manera en la cual se comprenden los daños patrimoniales en el artículo 1572, diferenciándolos entre daño emergente y lucro cesante. En el mismo artículo, como se ha estudiado en secciones anteriores, se exceptúa a los daños morales de este tipo de divisiones, reafirmando la autonomía entre los daños patrimoniales y extrapatrimoniales⁷⁰.

Las diferencias anteriores, sin embargo, poca importancia tienen para los efectos predeterminados de la ejecución de la cláusula penal. La indemnización de perjuicios convencional, evidentemente, puede solicitarse en cualquiera de los ámbitos anteriores a menos que la autonomía de la voluntad o la ley quisiera modificar la regla y quisiera excluir un tipo de daño de la indemnizabilidad de la ejecución de la cláusula penal, y someterlo a consideración judicial.

⁶⁸ Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 148.

⁶⁹ Artículo 2229, CC.

⁷⁰ Ver Juan Carlos Darquea, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano” (tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito, 2014), 103.

Como acápite final, consideramos que es importante para este trabajo abordar el hecho de que, también, en virtud del artículo 1574 del Código Civil surge otra discusión tan amplia que se podría abordar netamente en otro trabajo -y es por esta razón por la que vamos a evaluarla de manera brevísima- y es aquella que se pregunta si es que se incorpora en la cláusula penal, también el daño generado con dolo. En este sentido, refiriéndose a la exigibilidad de la pena en relación con la indemnización en la cláusula penal, el doctrinario Gonzalo Ruz Lártiga establece:

Es un principio jurídico el que nadie debe ser indemnizado dos veces, pues habría enriquecimiento sin causa. Por ello, por regla general, el acreedor debe optar por una forma de indemnización. **Elegirá la ordinaria si alega dolo o si puede probar perjuicios superiores a la pena convenida** (énfasis añadido).⁷¹

Parecería que es de opinión del profesor Ruz Lártiga que, de existir dolo, inescapablemente debería optarse por la indemnización judicial y dejar de lado la exigibilidad de la pena. Este argumento seguramente se basa en el hecho de que el Código prohíbe expresamente la condonación del dolo⁷²; y sí: el hecho de que se prohíba demuestra que al ordenamiento le repugna la absolución del daño que es cometido con intención de generarlo. Este rechazo al dolo también se presenta en el artículo 1574, que prescribe que de demostrarse dolo en el incumplimiento o retardo de las obligaciones contractuales, el incumplidor será responsable por absolutamente todos los perjuicios que son consecuencia inmediata del hecho antijurídico de incumplir o retardar el cumplimiento⁷³.

A pesar de esto, consideramos que trazar un paralelo entre la condonación del dolo futuro con la imposibilidad de evaluarlo anticipadamente no es preciso. Avaluar los daños, incluso los que son generados con dolo, anticipadamente no es una manera de condonarlo: todo lo contrario, es un medio para asegurarse de que este no quede sin resarcimiento alguno. Así lo ha considerado, también, Arturo Alessandri:

⁷¹ Gonzalo Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil* (Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011), 325

⁷² En el Código Civil ecuatoriano en el artículo 1481 del Código Civil, y en el Código Civil chileno en el artículo 1465.

⁷³ Artículo 1574, CC.

[...] Pero nada obsta a que las partes con anterioridad a él [el hecho ilícito] convengan el monto y la forma de la indemnización que se deberán para el caso de que una dañe a la otra por dolo o culpa [...] Semejante estipulación es válida; la ley no la prohíbe [...] Sería nula si importare en el hecho la condonación del dolo futuro o de la culpa lata o grave⁷⁴...

Nos unimos a la opinión del profesor Alessandri. Es impreciso establecer que el dolo futuro no es sujeto a evaluación anticipada. Sería repugnante para el derecho que una estipulación indulte anticipadamente a la persona, que ha generado el daño con dolo, de resarcirlo. De esta manera, consideramos que también el dolo futuro se entiende evaluado predeterminadamente al momento de pactar una cláusula penal, y solo de manera expresa puede este ser excluido, confirmando lo establecido respecto de los daños extrapatrimoniales.

Como se vio anteriormente, hay motivos claros por los cuales a los contratantes les sería atractivo pactar una cláusula penal, y la exclusión predeterminada de ciertos tipos de daños desnaturaliza la utilidad que la institución, en sí, tiene. La evaluación anticipada, como se vio anteriormente, libera a los contratantes de la carga de la prueba del daño por incumplimiento de las obligaciones contractuales, y esto no es de poco interés. Excluir predeterminadamente a los daños extrapatrimoniales de la evaluación anticipada de perjuicios desnaturalizaría a la cláusula penal, y perdería su conveniencia para los contratantes, porque la utilidad que la cláusula presenta para no tener que probar los daños causados es altísima, y es por eso que, excepcionalmente, el Código brinda la posibilidad de someter los daños a consideración judicial solamente si es que así se ha querido, sea expresamente, por haber estipulado la posibilidad de solicitar la indemnización conjuntamente con la pena; sea en los casos en los cuales las partes han estipulado cuáles son los daños que no se evaluarán en la cláusula; o sea al momento de ejecutar el derecho de opción por la indemnización judicial.

5. CONCLUSIONES

⁷⁴ Arturo Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Universitaria, 1943), 522.

Todo lo que se ha considerado a lo largo del presente trabajo lleva a las siguientes conclusiones:

1. **La cláusula penal es, en su sentido más práctico, una cláusula de daños liquidados.** Si bien se han reconocido doctrinariamente una serie de funciones que engloban a la cláusula penal -y este trabajo no piensa desconocerlas- consideramos que, en realidad, es en su sentido avaluatorio donde mayor utilidad y efectos tiene, por lo que esta es, en realidad, una cláusula de daños liquidados.

2. **Los beneficios sobrevinientes de la estipulación de la cláusula penal son varios, y es deseable mantenerlos a menos que la voluntad de las partes quiera modificarlos.** El hecho de evaluar anticipadamente los daños y perjuicios por medio de una cláusula penal tiene efectos absolutamente deseables para los contratantes, como son la consideración justa de lo que representaría la indemnización por perjuicios sobrevinientes del incumplimiento de las obligaciones contractuales, y la ‘liberación’ de la carga de la prueba del daño. Estos efectos son vitales para los contratantes, y la naturaleza misma de la cláusula penal debe mantenerse bajo estos a menos que los contratantes quieran modificarlos, bien optando por la indemnización judicial, bien excluyendo ciertos daños de la evaluación, o bien acumulando la exigibilidad de la indemnización judicial con la pena.

3. **La indemnización convencional establecida en la cláusula penal, como regla predeterminada, sustituye a la indemnización judicial.** Como bien puede interpretarse del artículo 1559, la opción que se da entre la exigibilidad de la indemnización por perjuicios judicial y la pena, permite inferir que ambas se sustituyen al optar por una u otra, y esta decisión dejaría a la opción no elegida como insubsistente.

4. **La indemnización convencional abarca todos los daños que se abarcarían en la indemnización judicial.** Al prescribir una opción absoluta, y no establecer excepciones, del artículo 1559 claramente se puede interpretar que optar por la pena (indemnización convencional) conllevaría consigo optar por todos los daños indemnizables en sede contractual. Esta opción no prescribe exclusiones de manera normativa, y la única manera de excluir cierto tipo de daños de ser o no indemnizados es haciéndolo expresamente.

5. Los daños extrapatrimoniales sobrevinientes del incumplimiento de las obligaciones contractuales son procedentes, y por lo tanto está dentro del ámbito de indemnizabilidad de la cláusula penal. Como se ha estudiado anteriormente, tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado que la discusión respecto de la procedencia de los daños extrapatrimoniales en sede contractual ha sido superada, aceptando a la indemnizabilidad de los daños extrapatrimoniales contractuales en el Ecuador. En el presente trabajo nos unimos a esta conclusión, y consideramos que aceptar la procedencia de estos daños en sede contractual conlleva consigo la aceptación de que estos serán evaluados en la cláusula penal como regla predeterminedada.

6. A pesar de haberse incorporado en momentos distintos, la institución de la cláusula penal, y la del daño moral son interdependientes y armónicos entre sí. A lo largo del trabajo se ha visto que ambas instituciones se han incorporado al Código Civil con más de doscientos años de diferencia, siendo la de la cláusula penal la institución más antigua; sin embargo, consideramos que ambas instituciones se complementan, y la obligatoriedad de que el Código sea sistemáticamente coherente hace que ambas encuentren cabida. De la misma manera, no se ha encontrado antinomias o exclusiones normativas entre ambas normas, haciendo que su interdependencia sea armónica y válida.

7. La subjetividad de los daños morales no es fundamento alguno para establecer que su evaluación en la cláusula penal es imposible. Si bien es cierto la evaluación de los daños extrapatrimoniales ha sido una encomienda que ha presentado hartas dificultades, esta no es demasiado distinta a las evaluaciones sobrevinientes, por ejemplo, del lucro cesante, y es de plena aplicación que las partes son los liquidadores óptimos para considerar cuál es el monto correcto que se resarciría al daño extrapatrimonial sobreviniente del incumplimiento de obligaciones contractuales.

8. Afirmar que la cláusula penal no abarca los daños extrapatrimoniales desnaturalizaría a esta y presentaría complicaciones procedimentales. El hecho de que la cláusula penal no indemnice todos los daños posibles llevaría a los contratantes a tener que probar que se ha generado un daño, y someter la evaluación de este ante un juez. Como regla general, la anterior situación es precisamente lo que las partes no desean, y es fundamental que los efectos de la cláusula penal se mantengan inmutables, a menos que los contratantes quieran mutarlos. De la misma

manera, no aceptar la evaluación del daño extrapatrimonial dentro de la cláusula penal, resultaría, en nuestra opinión, en la imposibilidad de solicitar indemnización por daños extrapatrimoniales contractuales, si es que se opta por la pena en lugar de la indemnización conforme al artículo 1559, y eso iría en contra de la reparación integral; principio en el cual el sistema ecuatoriano se basa.

9. **Si se considera que los daños extrapatrimoniales contractuales son procedentes, es inescapable que estos se incorporen en la evaluación anticipada de la cláusula penal.** El hecho de que se considere la resarcibilidad de los daños extrapatrimoniales contractuales, lógicamente incorporan a estos entre aquellos que se evaluarán mediante la ejecución de la cláusula penal, por pertenecer a aquella sede de daños contractuales.

10. **La ejecución de la cláusula penal conllevará la indemnización de todos los daños contractualmente indemnizables.** A partir del estudio anterior, concluimos con que la ejecución de la cláusula penal conllevará consigo la indemnización por cualquier tipo de perjuicio que surja del incumplimiento de las obligaciones contractuales, y la única manera de excluir a algún tipo de daños es hacerlo así expresamente. Las partes contractuales deben ser sofisticadas al momento de pactar una cláusula penal y definir su ámbito de aplicación, sus exclusiones y los casos en los cuales la pena se entenderá exigible.