

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**Los pactos de indemnidad y las implicaciones de la  
prohibición de condonar el dolo futuro**

Kevin Damian Ortiz Arias

**Jurisprudencia**

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

Quito, 24 de noviembre de 2023

## © 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: Kevin Damian Ortiz Arias

Código: 00205627

Cédula de identidad: 172120721-3

Lugar y fecha: Quito, 24 de noviembre de 2023

## **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 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## **UNPUBLISHED DOCUMENT**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. 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>.

**LOS PACTOS DE INDEMNIDAD Y LAS IMPLICACIONES DE LA PROHIBICIÓN DE  
CONDONAR EL DOLO FUTURO <sup>1</sup>**

**INDEMNITY CLAUSES AND THE IMPLICATIONS OF THE PROHIBITION TO CONDONE  
FUTURE MALICE**

Kevin Damian Ortiz Arias<sup>2</sup>  
kevin.dortiz@outlook.com

**RESUMEN**

Las cláusulas de indemnidad son acuerdos que se insertan con amplia frecuencia en las transacciones jurídicas sofisticadas de la actualidad. Se han importado en sistemas civiles porque son herramientas efectivas para la asignación de riesgos y la mitigación de contingencias futuras. Una de sus tipologías es el pacto por el cual el beneficiario queda indemne de los daños que provoque a terceros, incluso si ha actuado con dolo o culpa grave. No obstante, el artículo 1481 del Código Civil ecuatoriano prohíbe la condonación del dolo futuro. Con base en ello, se ha cuestionado la validez de este tipo de cláusulas por supuestamente incurrir en dicha proscripción. El presente trabajo examinó si en efecto la estipulación supone una condonación de dolo futuro. Se concluyó que ambas figuras tienen elementos que las diferencian entre sí. Por ello, es plausible aceptar la validez de la cláusula.

**PALABRAS CLAVE**

Cláusulas de indemnidad; condonación de dolo futuro; autonomía de la voluntad; orden público; validez.

**ABSTRACT**

*Indemnity clauses are agreements that are widely inserted in today's sophisticated legal transactions. They have been imported into civil systems because they are effective tools for risk allocation and mitigation of future contingencies. One of its typologies is the covenant by which the beneficiary is indemnified for damages caused to third parties, even if he has acted with malice or gross negligence. Article 1481 of the Ecuadorian Civil Code prohibits the waiver of future fraud. Based on this, the validity of this type of clauses has been questioned for allegedly incurring in such proscription. This paper examined whether such a stipulation implies a waiver of future fraud. It was concluded that both figures have elements that differentiate them from each other. Therefore, it is plausible to accept the validity of the clause.*

**KEYWORDS**

*Indemnity clauses; condemnation of future malice; autonomy of will; public order; validity.*

---

<sup>1</sup> 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 Oswaldo Santos Dávalos.

<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 con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 24 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 24 de noviembre de 2023

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. ESTADO DEL ARTE - 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. APROXIMACIÓN INICIAL A LOS PACTOS DE INDEMNIDAD.- 5.2. PROHIBICIÓN DE CONDONAR EL DOLO FUTURO.- 5.3. INTERPRETACIÓN DEL PACTO DE INDEMNIDAD Y REFLEXIONES SOBRE SU NULIDAD O VALIDEZ.- 5.4. INDEMNIDADES Y LA FRONTERA CON LA CONDONACIÓN DEL DOLO FUTURO.- 6. CONCLUSIONES.-

### 1. Introducción

La expansión del universo negocial y la consiguiente sofisticación de las transacciones han exigido que el derecho también se adapte a tales circunstancias. Las partes propenden a que sus relaciones revistan seguridad jurídica y se configuren de forma tal que la posibilidad de verse perjudicadas por contingencias futuras sea mínima<sup>3</sup>. Para ello, más de una vez ha ocurrido que, en los sistemas civiles, se incorporan figuras y cláusulas propias de un contexto anglosajón, en aras de satisfacer aquellas necesidades<sup>4</sup>.

Es lo que en efecto ocurre con las así llamadas cláusulas de indemnidad que son el objeto de análisis del presente trabajo. Las partes las emplean en transacciones complejas para dejar sentado, con anterioridad, que el beneficiario del pacto podrá exigir al otorgante una protección frente a cualquier daño causado a un tercero que haya reclamado la indemnización a la parte indemne<sup>5</sup>.

El tema propuesto posee una importancia superlativa en el contexto de los sistemas de derecho continental en general y en el derecho civil ecuatoriano en particular. Se trata de cláusulas cada vez más utilizadas en el ámbito contractual. Pese a ello, muy escasos han sido los estudios destinados a examinar sus efectos jurídicos y sus límites en

---

<sup>3</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, en *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre disciplinas. Tomo I*, ed. de Germán Ramírez y Enrique Varsi (Lima: Instituto Pacífico, 2019), 204.

<sup>4</sup> Verbigracia, en contratos de compraventa de acciones ha sido común adaptar las así llamadas cláusulas de representaciones y garantías a fin de que las partes puedan distribuir los riesgos de la transacción y se reduzcan las asimetrías informacionales que pudieren existir. Lo mismo ocurre con las cláusulas de debida diligencia. Ver Enrique Barros Bourie y Nicolás Rojas, “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en *Estudios de Derecho Civil V*, ed. de Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (Concepción: Abeledo Perrot: 2009), 513-524.

<sup>5</sup> Karen Muñoz y Carlos Pizarro, “Las cláusulas de indemnidad por reclamos de terceros”, *Revista de Derecho de Universidad de Concepción* 89 (2021), 143.

sistemas civilistas que no son exactamente compatibles con la esfera de *common law*, de donde son importadas estas estipulaciones<sup>6</sup>.

En el marco de estas contadas publicaciones, se ha reflexionado sobre un problema que acecha la validez de las cláusulas de indemnidad. En particular, aquellas que protegen al beneficiario, frente a reclamos de terceros, cuando el mismo ha actuado con dolo. Se ha pensado que puede tratarse de una condonación de dolo futuro que evidentemente está prohibida en los sistemas civiles. El presente texto enfocará su análisis en determinar si la proscripción mencionada alcanza a este tipo de cláusulas.

Como primer punto de desarrollo, se revisará la naturaleza y origen de estas estipulaciones. Se ahondará en la cuestión de que, por ser criaturas de la autonomía de la voluntad, pueden configurarse de distintas maneras y tener diferentes alcances. Luego, el estudio será direccionado hacia aquellas cláusulas que se pactan frente a reclamos de terceros y que protegen el dolo o culpa grave del acreedor. Como segundo punto, se analizarán las implicaciones de la prohibición de condonar el dolo futuro en el derecho ecuatoriano. Como tercer punto, se examinarán los argumentos sobre la interpretación, nulidad y validez de las cláusulas objeto de estudio. Como cuarto punto, se evaluará si las indemnidades incurren o no en la prohibición de condonación.

Finalmente, esta investigación utilizará una metodología científica con enfoque cualitativo. Por un lado, para revisar las consideraciones doctrinarias que se han planteado en torno a los temas a evaluar. Se procura respaldar cada una de las afirmaciones que se expondrán en el trabajo. Por otro lado, se empleará para revisar las reflexiones jurisprudenciales, nacionales y extranjeras, que han forjado el debate de esta investigación.

## **2. Estado del arte**

En este epígrafe se expondrá el estado de la cuestión sobre las cláusulas de indemnidad y la condonación del dolo futuro. Para ello, se revisará qué ha dicho la doctrina y la jurisprudencia en torno a ambas instituciones.

Guillermo Ospina y Eduardo Ospina han conceptualizado a los negocios jurídicos como aquellos actos voluntarios, conscientes e intencionales, encaminados a producir un efecto en derecho<sup>7</sup>. Con base en esa definición, se cree que las cláusulas de

---

<sup>6</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, en *Estudios de Derecho Civil XV*, ed. de Fabián Elorriaga de Bonis (Santiago: Thomson Reuters, 2020), 685.

<sup>7</sup> Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2005), 72.

indemnidad son negocios, pues se forjan a partir de la autonomía de la voluntad y su objeto específico es crear una obligación para la parte que la asumió de mantener indemne al beneficiario.

La jurisprudencia del *common law*, sistema de donde son originarias estas cláusulas, también las ha definido a través de los casos ventilados en cortes anglosajonas. En *Rossmoor Sanitation, Inc. c. Pylon, Inc.*, la Corte Suprema de California las categorizó como “una obligación que recae sobre una parte para reparar una pérdida o daño en que otra parte ha incurrido”<sup>8</sup>.

Arturo Alessandri Besa se refiere a la prohibición de condonar el dolo futuro como un castigo impuesto por el legislador en aras de precautelar el orden público pues:

[S]i se permitiera la condonación anticipada del dolo en los convenios, la mayoría de éstos contendrían [sic] tal cláusula, lo que daría carta blanca a la otra parte para ejecutar todos los actos dolosos que quisiera, pues la acción que el perjudicado tendría para reclamar de ese dolo, habría desaparecido<sup>9</sup>.

Mariana Bernal Fandiño considera que la autonomía de la voluntad no puede suplir una norma de orden público. Según la autora, el pacto de indemnidad que protege el dolo del beneficiario empata con la condonación del dolo futuro. Es más, dado que el dolo y la culpa grave son asimilables en los sistemas civiles, tampoco se permite el perdón de la culpa grave futura<sup>10</sup>.

Fernando Hinestroza sostiene que las partes podrán definir las reglas de indemnización con el único límite de aquellas que, por ser de orden público, no admiten pacto en contrario<sup>11</sup>. Esta aseveración parte del supuesto de que la prohibición de condonar el dolo futuro es una norma de orden público. Por ello, en este trabajo también se estudiará la pugna entre la autonomía de la voluntad privada y una norma imperativa.

En síntesis, durante este acápite se expusieron las distintas concepciones doctrinarias sobre dos conceptos que interactúan entre sí dentro de esta investigación. Se busca responder si las cláusulas de indemnidad, que protegen al acreedor frente a reclamos de terceros, pueden o no ser válidas si ha mediado dolo en su accionar.

### **3. Marco normativo**

---

<sup>8</sup> *Rossmoor Sanitation, Inc. v. Pylon Inc.*, Corte Suprema de California, 28 de febrero de 1975, párr. 13 (traducción no oficial).

<sup>9</sup> Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1949), 142.

<sup>10</sup> Mariana Bernal Fandiño, “Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil”, *Anuario de Derecho Privado I* (2019), 195.

<sup>11</sup> Fernando Hinestroza Forero, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 89.

El presente apartado tiene como objetivo enunciar las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano más relevantes para examinar a las cláusulas de indemnidad como negocios jurídicos, y a la prohibición de condonar el dolo futuro como una norma de orden público. A continuación, se abordará la situación normativa local sobre ambos temas.

El principio de la libertad de contratación está reconocido en la Constitución de la República del Ecuador<sup>12</sup>. La norma consagra la idea de que las personas son libres de concluir cuantos negocios consideren oportunos y en la forma en que sea más conveniente para sus particulares intereses. Lo anterior, por supuesto, incluye que no pueden ser obligadas a celebrar aquellos contratos en los que simplemente no desean participar. Esto es relevante porque, como se verá, las cláusulas de indemnidad son un producto de aquella libertad que tienen las partes de configurar sus relaciones privadas.

También se empleará el Código Civil ecuatoriano, CC, pues este cuerpo normativo reconoce los principios de autonomía de la voluntad y libertad contractual<sup>13</sup>. Además, fija los requisitos de validez de todos los negocios jurídicos civiles celebrados en el territorio<sup>14</sup>. Así mismo, prescribe la prohibición de condonar el dolo futuro, hipótesis que correspondería a un supuesto de objeto ilícito<sup>15</sup>. Igualmente, define lo que es el dolo<sup>16</sup>. Por último, como consecuencia de la falta de validez de una estipulación de esta naturaleza, la norma prevé como efecto la nulidad absoluta<sup>17</sup>. Todo esto es importante pues constituye el prisma bajo el cual ha de evaluarse la validez de las cláusulas de indemnidad que protegen el dolo del acreedor ante reclamaciones de terceros.

Así mismo, se utilizará el Código Orgánico de la Función Judicial porque su artículo 28 prevé, como fuentes para interpretar el orden jurídico local, a la doctrina y la jurisprudencia<sup>18</sup>. En ese sentido, se emplearán ambos insumos en aras de explicar correctamente las ideas contenidas en este trabajo.

Por último, se recurrirá a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, LODC, para mencionar que se sancionan con nulidad de pleno derecho las cláusulas que buscan eximir, atenuar o limitar la responsabilidad del proveedor de un bien o servicio con

---

<sup>12</sup> Artículo 66.16, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>13</sup> Artículo 1561, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

<sup>14</sup> Artículo 1461, CC.

<sup>15</sup> Artículo 1481, CC.

<sup>16</sup> Artículo 29, CC.

<sup>17</sup> Artículo 1698, CC.

<sup>18</sup> Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544, de 20 de octubre de 2008.

respecto al consumidor<sup>19</sup>. Esta norma se abordará solo tangencialmente y para efectos ilustrativos. No es el propósito de este trabajo adentrarse a meditar sobre las indemnidades en el campo del derecho de consumo. Ergo, tampoco se discutirá si esta ley constituye o no el fundamento para prohibir los pactos de indemnidad.

En esencia, durante esta sección se ha revisado el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano y que resultan esenciales para trabajar sobre la hipótesis que este artículo desea responder.

#### **4. Marco teórico**

Una de las razones para restar eficacia a un negocio jurídico es que se encuentre viciado por un objeto ilícito que, entre otras cosas, puede concretarse en la vulneración al orden público. No son pocas las discusiones que han surgido en torno a este concepto jurídico indeterminado. Una de ellas es precisamente la prohibición de condonar el dolo futuro. Su fundamento radica en que “al legislador no le parece posible que puedan autorizarse de antemano actuaciones fraudulentas, dolosas o efectuadas de mala fe, pues ello repugna a la noción ética envuelta en el ordenamiento jurídico”<sup>20</sup>. El presente apartado expondrá las distintas teorías que existen en torno a la interacción de esta figura con los pactos de indemnidad.

Por un lado, se ha sostenido que los pactos de indemnidad que protegen el dolo del acreedor equivalen a una condonación del dolo futuro. Así, este tipo de cláusulas adolecerían de objeto ilícito en la medida que buscan beneficiar a quien causa el daño con dolo o culpa grave<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, se dice que estas estipulaciones solo pueden ser válidas si no vulneran “parámetros imperativos de la responsabilidad civil (como, por ejemplo, la condonación del dolo futuro)”<sup>22</sup>. En definitiva, los partidarios de esta teoría proponen que los pactos de indemnidad, que protegen el dolo del acreedor ante reclamos de terceros, son una forma de condonación.

Por otro lado, hay quienes sostienen que la validez de estas cláusulas tan solo depende de que las partes las hayan pactado de forma clara y expresa. Así, “el aparente problema es una mera cuestión de interpretación contractual, por lo que si es posible

---

<sup>19</sup> Artículo 43, Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. Suplemento 116, de 11 de febrero de 2022.

<sup>20</sup> Fabián Elorriaga de Bonis, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado* 12 (2009), 140.

<sup>21</sup> Karen Muñoz y Carlos Pizarro, “Las cláusulas de indemnidad por reclamos de terceros”, 159.

<sup>22</sup> Sergio Rojas, “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”, *Vniversitas* 70 (2021), 8.

constatar que la deudora de indemnidad asumió la culpa o dolo de la beneficiaria, serían válidas y producirían efectos”<sup>23</sup>.

Finalmente, este trabajo propone analizar la relación entre estas cláusulas y la proscripción de condonar actos dolosos a futuro. Se busca responder si las estipulaciones deben o no ser alcanzadas por la prohibición. Ya se demostró que existe una tesis que aboga por que sí lo sean. La tesis contraria se fundamentará en que la indemnidad tiene elementos que difieren de la condonación<sup>24</sup>.

En síntesis, este trabajo pondrá sobre la palestra todos los argumentos sobre la validez o invalidez de las cláusulas en aras de proporcionar al lector una visión completa de la discusión. Luego, se concluirá con un análisis que permite determinar si la prohibición de condonación alcanza a estas estipulaciones, cuando se protege el dolo del beneficiario frente a reclamos de terceros.

## **5. Desarrollo**

El desarrollo de este artículo estará dividido en cuatro puntos. Primero, se tendrá una aproximación general hacia las cláusulas de indemnidad (5.1). Segundo, se analizará la prohibición de condonar el dolo futuro en el sistema civil ecuatoriano y sus efectos (5.2). Tercero, se explorará el tema de la interpretación de las cláusulas y los argumentos a favor y en contra de su validez (5.3). Cuarto, se estudiará si el pacto de indemnidad que protege al acreedor doloso frente a reclamos de terceros implica condonar el dolo futuro (5.4).

### **5.1. Aproximación inicial a los pactos de indemnidad**

En este punto se ofrecerá una visión general de las cláusulas de indemnidad (5.1.1). Luego, se realizará un breve repaso histórico desde su origen anglosajón, hasta su importación en los sistemas continentales (5.1.2). En una sección ulterior, se aterrizará en una de sus tipologías que es la que inspira la presente investigación (5.1.3).

#### **5.1.1. La naturaleza de la estipulación de indemnidad**

Los pactos o cláusulas de indemnidad, conocidas en inglés como *indemnity clauses*, son estipulaciones contractuales que se utilizan con frecuencia en el tráfico jurídico actual. Rojas menciona que “hoy en día la indemnidad suele ser una cláusula de estilo en toda suerte de negocios jurídicos de derecho civil y de derecho mercantil”<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 698.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> Sergio Rojas, “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”, 1.

Fundamenta su aseveración en el estudio de varios laudos dictados por diferentes tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá que, con ocasión de negocios jurídicos contentivos de estas estipulaciones, tuvieron la oportunidad de analizarlas.

Schopf sostiene que “han pasado a ser verdaderas cláusulas de estilo, cuya incorporación en diferentes textos contractuales es sumamente usual y se encuentra generalizada en la práctica contractual, especialmente en la contratación entre partes sofisticadas”<sup>26</sup>. Corral Talciani menciona que son estipulaciones de uso frecuente que “se han ido incorporando por la práctica en los contratos celebrados en Latinoamérica”<sup>27</sup>.

En general, se dice que las *indemnity clauses* son “convenciones por las que una parte de un contrato asume la responsabilidad por los daños que sufra otra, incluso en situaciones en las que dichos perjuicios deberían ser soportados por el que los sufre”<sup>28</sup>. Visto así, estos pactos se encasillan en la categoría de actos jurídicos. Consisten en manifestaciones de voluntad que buscan directamente generar efectos en derecho.

Como tales, las indemnidades pueden adoptar al menos dos formas. Por un lado, lo usual es que sean cláusulas insertas en un contrato principal<sup>29</sup>. Por otro lado, es perfectamente posible que las partes decidan suscribir un contrato de indemnidad autónomo en aras de conseguir los mismos efectos<sup>30</sup>.

En cualquier hipótesis, la conclusión es que se está ante la presencia de un negocio jurídico<sup>31</sup>. Como tal, para tener plena eficacia en el sistema civil, debe reunir todos los requisitos de existencia, validez y oponibilidad de cualquier acto. A falta de alguno de ellos, se desencadenarían las consecuencias propias de cada figura<sup>32</sup>.

La finalidad concreta que se busca con estas estipulaciones es “dar origen a una obligación de indemnizar en cabeza de un sujeto, cuando ocurran los eventos

---

<sup>26</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 685.

<sup>27</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, 203.

<sup>28</sup> *Ibid*, 204.

<sup>29</sup> Charles Pisano, “Judicial Interpretation of Indemnity Clauses”, *Louisiana Law Review* 48 (1988), 172.

<sup>30</sup> William O’Neil, “Insuring Contractual Indemnity Agreements under CGL, MGL, and P& I Policies” *Tulane Maritime Law Journal* 21 (1996), 360-362.

<sup>31</sup> Existe una interesante reflexión que, si bien excede el propósito de este trabajo, vale la pena mencionar para efectos de un estudio futuro. Se ha meditado si por ser los pactos de indemnidad negocios jurídicos también les aplicarían los mecanismos de revisión de cualquier contrato como la así llamada teoría de la imprevisión. Verbigracia, una hipótesis a considerar sería que la consecuencia dañosa por la cual se debe una indemnidad, por su magnitud o monto, exceda con creces parámetros de razonabilidad y previsión, generando una carga excesivamente onerosa para el deudor. Lo mencionado tan solo constituye un caso ilustrativo en el que resulta por lo menos discutible si el otorgante podría o no invocar la teoría de la imprevisión para revisar el pacto de indemnidad. Ver Sergio Rojas, “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”, 11.

<sup>32</sup> Fernando Hinestrosa Forero, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, 204.

condicionales previstos”<sup>33</sup>. Así, estos pactos son una materialización de los principios de autonomía de la voluntad privada y de la libre configuración interna de los contratos. En efecto, en aras de precautelar sus particulares intereses, los contratantes pueden acordar que uno de ellos mantendrá indemne o libre de daño al otro en caso de verificarse algún hecho que ambos han previsto en la propia estipulación.

Durante este epígrafe se ha presentado un panorama de la naturaleza jurídica de las cláusulas de indemnidad en su concepción más amplia. Esto ha sido útil para comprender además su lógica de funcionamiento general.

### **5.1.2. Origen de las cláusulas de indemnidad**

La figura en cuestión nace en el sistema *common law* de Inglaterra<sup>34</sup>. En sus inicios, el régimen que les aplicaba era distinto según si su cumplimiento se solicitaba frente a una corte de *equity* o una corte de *law*. El primer caso, funcionaba para aquellos daños que todavía no se materializaban, pero se esperaba que ocurran. En consecuencia, el beneficiario de la indemnidad activaba la figura para blindarse de futuros perjuicios. El segundo caso operaba para pérdidas ya ocurridas, por lo que la pretensión principal del beneficiario era la indemnización de daños por incumplimiento del contrato<sup>35</sup>.

Lo anterior no es un asunto baladí. En este contexto histórico yace uno de los componentes principales de las cláusulas de indemnidad, a saber, que, en principio, no son pactos indemnizatorios. Tal como su nombre lo dice, son obligaciones que buscan evitar que el beneficiario sufra un menoscabo en su patrimonio. En ese sentido, la indemnidad cumple una función esencialmente preventiva antes que resarcitoria<sup>36</sup>. Por este motivo, cuando ambas jurisdicciones anglosajonas se fusionaron a fines del siglo XIX, el remedio de *equity* prevaleció por sobre el de *law*<sup>37</sup>.

Con el pasar de los años estos pactos se han incorporado a contratos celebrados en sistemas jurídicos de *civil law* como el Ecuador. Esto se explica porque, en el contexto de transacciones jurídicas cada vez más complejas, las cláusulas de indemnidad son mecanismos eficientes para asignar riesgos. La posibilidad que tienen las partes para administrar sus contingencias, a su turno, les permite confiar en el comercio y agilizar las operaciones.

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>34</sup> Wayne Courtney, *Contractual indemnities*, (Oregon: Hart Publishin, 2015), 10-15 (traducción no oficial).

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Eduardo Favier y Eduardo Favier, “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”, *Doctrina Societaria* 32 (2018), 6.

<sup>37</sup> *Ibid.*

Es común “en las negociaciones económicas que las partes quieran lograr la mayor seguridad jurídica al contratar, y precaver que no sean perjudicadas en el futuro por hechos que podrían sobrevenir”<sup>38</sup>. Naturalmente son las propias partes las más capacitadas para conocer los riesgos a los que pueden estar expuestas y actuar en consecuencia.

En esta sección, se ha podido evidenciar el origen de las cláusulas de indemnidad y cómo la autonomía de la voluntad de las partes, sumada con la necesidad de crear certeza en sus relaciones económicas, han coadyuvado a su incorporación en sistemas de *civil law*.

### **5.1.3. Indemnidades ante reclamos de terceros por la culpa grave o dolo del beneficiario**

En este apartado se demostrará que las cláusulas de indemnidad pueden configurarse de diversas maneras y tener distintos alcances. A continuación, se explicará aquella categoría de indemnidad que beneficia al acreedor, ante reclamos de terceros, aun cuando ha actuado con dolo o culpa grave. Esta tipología resulta de particular relevancia pues constituye el objeto de la presente investigación. Una vez revisada, la última sección se dedicará a evaluar si a esta forma de indemnidad le alcanza la prohibición de condonar el dolo futuro prescrita en el sistema civil ecuatoriano.

Existe un amplio espectro de posibilidades para que las partes puedan distribuir sus riesgos mediante el empleo de cláusulas de indemnidad. Aun así, tales estipulaciones siempre tendrán al menos tres elementos estructurales para su correcta operatividad, a saber: (i) la parte deudora que se obliga a la indemnidad; (ii) el beneficiario o acreedor de dicha obligación; y, (iii) el hecho futuro e incierto que desencadena los efectos del pacto<sup>39</sup>.

De todos modos, los factores desencadenantes pueden ser muy variados. Este artículo trabajará sobre uno en particular. Se analizará la indemnidad que protege al beneficiario de las pérdidas por reclamaciones de terceros. De forma ejemplificativa, los terceros podrían ser particulares que interponen acciones de responsabilidad civil, la administración tributaria al imponer sanciones, los trabajadores de una compañía debido a contingencias laborales, entre otros<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, 204.

<sup>39</sup> Sergio Rojas, “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”, 11.

<sup>40</sup> Wayne Courtney, *Contractual indemnities*, 20 (traducción no oficial).

Este tipo de cláusulas de indemnidad reviste particular importancia por diversos motivos. En el propio *common law*, se reconoce que esas estipulaciones son la indemnidad por antonomasia. Así, se ha delimitado aún más su definición general para concluir que se trata de acuerdos por los cuales “se conviene cubrir cualquier responsabilidad, pérdida o daño sufrido por la otra parte, derivado de actos o condiciones contempladas en el contrato o daños resultantes de una reclamación o demanda de una tercera persona”<sup>41</sup>. En el mismo sentido, son esta clase de pactos los que han cruzado fronteras para afincarse con fuerza en el *civil law* y, en igual medida, los que mayores dificultades de aplicación plantean en sistemas continentales como el Ecuador.

Por todo ello, es plausible restringir el estudio de las indemnidades a este supuesto concreto y sostener que, en sistemas civiles, “las cláusulas de indemnidad se limitan en realidad a la trasferencia y asignación entre los contratantes del riesgo de resultar civilmente responsable frente a terceras personas ajenas a la convención”<sup>42</sup>.

Existe doctrina latinoamericana que ya ha adoptado esta tesis y las ha definido como convenios “por los cuales una de las partes, el ‘otorgante’, asume ante la otra parte, el ‘beneficiario’, el deber de ‘mantenerlo indemne’ frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato”<sup>43</sup>. En definitiva, siendo esta tipología de cláusula la más relevante para esta investigación, se adoptará una definición de indemnidad en sentido estricto.

En el caso *MacDonald & Karuse c. San Jose Steel*, la Corte de Apelaciones del Estado de California reconoció por primera vez que existen al menos tres clasificaciones comunes de indemnidades por reclamos de terceros, según la culpa o dolo del beneficiario.

Primero, la estipulación de que el obligado asume la responsabilidad por todo daño, incluso en aquellos casos en que el infortunio haya sido provocado de forma dolosa por el beneficiario de la indemnidad. Al respecto, en el caso citado la corte sostuvo que, desde la perspectiva del otorgante, un acuerdo de indemnidad de este tipo es el menos favorable. En ese caso “el otorgante mantendrá indemne al beneficiario por su propia negligencia, tanto si es el único negligente como si lo es conjuntamente con el

---

<sup>41</sup> Penny Parkey y Jhon Slavich, “Contractual efforts to allocate risk of environmental liability: ¿Is there a way to make indemnities worth more than the paper they are written on?”, *SMU Law Review* 44 (2016), 1351 (traducción no oficial).

<sup>42</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 21.

<sup>43</sup> Eduardo Favier y Eduardo Favier, “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”, 6.

otorgante”<sup>44</sup>. Esta es precisamente la hipótesis que se abordará en este trabajo para su similitud o disparidad con la prohibición de condonar el dolo futuro. Sin perjuicio de ello, es importante hacer referencia a los otros tipos de indemnidad que se han reconocido.

Segundo, la cláusula básica en virtud de la cual el obligado acuerda mantener indemne al beneficiario por cualquier reclamo que surja de la negligencia o las omisiones del propio obligado. La corte mencionó que “[l]os tribunales suelen referirse a estos acuerdos como indemnidad general. En virtud de un acuerdo de Tipo II, el otorgante debe mantener indemne al beneficiario por la responsabilidad derivada de la negligencia del otorgante”<sup>45</sup>.

A efectos de este trabajo, se sostiene que esto no es propiamente una indemnidad porque no hace más que reafirmar el régimen general de responsabilidad civil<sup>46</sup>. En otras palabras, simplemente constituiría una consagración de la regla básica de que el deudor responde por su propia negligencia o dolo.

Tercero, aquella por la que se crea una obligación de mantener indemne al acreedor, pero se exceptúan expresamente aquellos casos en que los daños a terceros pueden ser atribuidos exclusivamente al beneficiario<sup>47</sup>. Este punto tampoco genera mayor discusión porque solo ratifica que quien causa un daño está obligado a resarcirlo<sup>48</sup>.

Así, en este apartado se analizaron los elementos estructurales de todas las cláusulas de indemnidad y se demostró que su configuración puede ser de índole muy diversa. Por ello, se ofreció una definición más estricta de esta clase de estipulaciones. Esto permitió concluir con aquella clasificación que merece mayor análisis: la indemnidad que protege al acreedor por cualquier reclamo de un tercero, incluso si el beneficiario ha intervenido dolosamente en la producción del daño<sup>49</sup>.

## **5.2. Prohibición de condonar el dolo futuro**

En esta sección se analizarán los fundamentos de la prohibición vigente en el CC sobre la no condonación de una conducta dolosa de forma anticipada. Además, se revisará cuál es el efecto de pactarla cuando la propia ley la ha proscrito.

---

<sup>44</sup> MacDonald & Karuse, Inc. c. San Jose Steel., Corte de Apelaciones de California, 14 de diciembre de 1972, párr. 29 (traducción no oficial).

<sup>45</sup> MacDonald & Karuse, Inc. c. San Jose Steel., párr. 30.

<sup>46</sup> Antonio Vodanovic, *Manual de Derecho Civil* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 2001), 23.

<sup>47</sup> MacDonald & Karuse, Inc. c. San Jose Steel., párr. 31.

<sup>48</sup> Ramón Meza Barros, *Manual de Derecho Civil, Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 7.

<sup>49</sup> Esta es la así llamada “Indemnidad de Tipo I”.

Uno de los requisitos de validez de los negocios jurídicos es la licitud de su objeto<sup>50</sup>. Al respecto, es cierto que el CC no contiene una definición expresa de lo que es objeto lícito. Aun así, no es menos cierto que hay varias hipótesis en las que la propia norma disipa toda duda y determina, como consecuencia, la invalidez de ciertas estipulaciones por ilicitud de objeto<sup>51</sup>. Uno de estos casos es precisamente el que ocupa al presente estudio, a saber: la condonación del dolo futuro<sup>52</sup>. La misma norma define al dolo como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”<sup>53</sup>.

Con base en este criterio se puede llegar al núcleo de la proscripción. Resulta diáfano que hay una incomodidad latente dentro del ordenamiento jurídico en que un sujeto sea exonerado de forma anticipada por los daños cometidos bajo la premisa de haber deseado activamente que estos se produzcan.

La doctrina confirma esta noción. Si los contratantes pueden perdonar anticipadamente actos dolosos, aquello implicaría “autorizar y fomentar la inmoralidad, suprimiéndose la norma fundamental de que los contratos deben cumplirse de buena fe. Además, la condonación del dolo futuro podría pasar a ser una cláusula usual en los contratos”<sup>54</sup>. En línea con lo anterior, la jurisprudencia ecuatoriana ha sostenido que:

(...) siendo el dolo un proceder ilícito, los pactos que, aun siendo fruto del acuerdo de voluntades de ambos contratantes tiendan a garantizar la irresponsabilidad por dolo futuro, implican legitimar por anticipado proceder ilegítimos y permitir que el deudor no contraiga ningún deber legalmente exigible aunque proceda con la intención positiva de causar daño al otro contratante, lo cual repugna a la recta razón, por ello es que esta clase de pactos están expresamente prohibidos<sup>55</sup>.

Por lo expuesto, los efectos previstos por el CC son nítidos en cuanto a la invalidez del pacto en estudio por tratarse de un supuesto de objeto ilícito calificado<sup>56</sup>. En consecuencia, la sanción que ha de esperarle a esta ilicitud es, sin lugar a dudas, la de nulidad absoluta por expresa disposición del CC<sup>57</sup>.

En un sentido similar, la LODC prescribe que son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas que “eximan, atenúen o limiten la responsabilidad

---

<sup>50</sup> Artículo 1461, CC.

<sup>51</sup> Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 527.

<sup>52</sup> Artículo 1481, CC.

<sup>53</sup> Artículo 29, CC.

<sup>54</sup> Avelino León Hurtado, *El objeto de los actos jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1983), 58.

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, párr. 15.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 144.

<sup>57</sup> Artículo 1698, CC.

de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados”<sup>58</sup>.

Para ahondar en esta cuestión, el CC distingue tres especies de culpa. La primera categoría, esto es la culpa grave, equivale al dolo<sup>59</sup>. Dicha asimilación es relevante para este análisis porque, entonces, tampoco resultaría plausible una hipótesis de condonación de culpa grave futura<sup>60</sup>.

En este sentido, ya se ha pronunciado la jurisprudencia ecuatoriana al sostener que las cláusulas de irresponsabilidad “son absolutamente nulas y por ende ineficaces cuando mediante ellas el obligado pretende eximirse de responsabilidad por su culpa grave, la que en materia civil se asimila al dolo”<sup>61</sup>.

Por todo lo anterior, es evidente que la condonación del dolo y culpa grave futuros deviene en la nulidad absoluta del pacto. Esbozar una argumentación en sentido opuesto resultaría fútil. Este trabajo no pretende adentrarse en esa empresa. No obstante, si se invita a reflexionar sobre el fundamento mismo de la norma. Como se indicó, la base de la proscripción es evitar que puedan autorizarse de antemano actuaciones dolosas.

Nótese, sin embargo, que ese principio no es compatible con el hecho de que, en sistemas civiles como el ecuatoriano<sup>62</sup>, el perjudicado sí que “puede condonar el dolo, o mejor dicho las consecuencias patrimoniales del mismo, con posterioridad, es decir, después que tal dolo ha existido y ha tomado conocimiento del mismo y los efectos que ha ocasionado”<sup>63</sup>.

Así, resulta por lo menos discutible que se restrinja la autonomía de la voluntad de los contratantes para condonar un acto doloso a futuro, pero se esté a ella cuando se trata de condonar un acto doloso pasado. En definitiva, hay razones para creer que la prohibición no se justifica de manera suficiente. Aun así, más allá de esta disquisición, no se puede dejar de reconocer que, de pactarse este tipo de condonaciones, su consecuencia es la nulidad absoluta.

En conclusión, a lo largo de este acápite se ha desarrollado el concepto del dolo tomando como punto de partida a la propia norma civil. Además, se delimitó la

---

<sup>58</sup> Artículo 43, LODC.

<sup>59</sup> Artículo 29, CC.

<sup>60</sup> Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 1099.

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación, 8 de septiembre de 2011, párr. 10.

<sup>62</sup> Artículo 1481, CC.

<sup>63</sup> Fabián Elorriaga de Bonis, “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código civil”, 163.

prohibición de condonarlo analizando los efectos que el CC prevé para acuerdos de este tipo. A continuación, se revisó la equiparación del dolo con la culpa grave y por qué, en caso de pactar una condonación, esta resultaría prohibida en ambos supuestos. Finalmente, se esgrimió una disquisición a la lógica que subyace en estas normas.

### **5.3. Interpretación del pacto de indemnidad y reflexiones sobre su nulidad o validez**

En esta sección se desarrollarán tres puntos. Se va a demostrar que antes de escalar al análisis de validez o invalidez de las cláusulas, lo primero es interpretar cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de otorgarlas (5.3.1). A continuación, se presentarán aquellos argumentos que rechazan la validez del pacto (5.3.2). Finalmente, se expondrán las ideas de quienes abogan por su validez (5.3.3).

#### **5.3.1. Régimen general de interpretación**

Existen serias dudas sobre la admisibilidad de las cláusulas de indemnidad reclamadas por un beneficiario que, actuando de forma dolosa o con culpa grave, efectivamente provocó daños a un tercero.

En el *common law*, se ha dicho que primero se debe visitar la estipulación para escudriñar el lenguaje con el que fue redactada y concluir si el deudor en efecto se obligó o no a proteger el dolo del acreedor. Es decir, en este sistema no se cuestiona la validez del pacto sin más. Antes se examina la verdadera intención de las partes a la hora de otorgarlo.

Visto así, las cortes inglesas se decantaron por la tesis de que, si las partes explícitamente pactaron que la cláusula comprende el dolo o culpa grave del beneficiario, entonces se debe ejecutar lo convenido y el deudor debe pagar su obligación<sup>64</sup>.

En la misma línea, las cortes han negado la eficacia de las estipulaciones que son demasiado amplias o ambiguas, en aras de no imponer al deudor una carga demasiado onerosa si es que no resulta claro que tuvo la intención de obligarse a soportarla<sup>65</sup>.

Verbigracia, en el caso *Batson-Cook Co. c. Industrial Steel Erectors*, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos estimó que para ser válida la cláusula “debe ser expresada en términos inequívocos, de modo que no basta que se hable en forma

---

<sup>64</sup> Wayne Courtney, *Contractual indemnities*, 84 (traducción no oficial).

<sup>65</sup> Steven Stein, “Advanced analysis of contract risk-shifting provisions: Is indemnity still relevant?”, *The Construction Lawyer* 1, (2007), 9 (traducción no oficial).

genérica de todos los daños o pérdidas”<sup>66</sup>. En *Calloway c. Ciudad de Reno*, otro caso famoso en esta materia, la Corte Suprema del Estado de Nevada argumentó que:

[L]as cláusulas de indemnidad se interpretan estrictamente, en particular cuando el acreedor alega que debe ser beneficiado por su propia negligencia. Los pactos de indemnidad ambiguos se interpretan en contra del beneficiario, especialmente cuando este fue el redactor del acuerdo. De hecho, cuando un acreedor solicita indemnidad por sus propios actos negligentes basándose en una cláusula de indemnidad expresa, la cláusula debe expresar clara e inequívocamente la asunción de responsabilidad del obligado por los actos negligentes del beneficiario<sup>67</sup>.

Considerando el antecedente expuesto, y en vista de que estas estipulaciones fueron importadas a los sistemas civiles, en principio las mismas consideraciones ya esgrimidas son igualmente aplicables en Ecuador para evaluar la eficacia de dichas cláusulas.

En otras palabras, antes de equipararlas con la condonación del dolo futuro, lo que se debe hacer es evaluar si fueron redactadas de tal manera que es clara la intención del deudor de obligarse a responder por reclamos de terceros cuando medió el dolo o la culpa grave del acreedor. De no ser así, debe interpretarse el pacto de forma restrictiva para que esta parte no responda por aquello que no acordó en el contrato.

Superado este primer filtro, si se verifica que la cláusula es clara y que en efecto el deudor debe responder por el beneficiario, es ahí cuando sí corresponde analizar la validez de esta figura. Esto es lo que se realizará en las siguientes secciones, adelantando en este punto que existen dos clases de argumentos al respecto. Primero, aquellos que niegan su validez. Segundo, los que la defienden.

### **5.3.2. Argumentos sobre la invalidez del pacto**

Durante este acápite se revisarán los argumentos que se han utilizado para sustentar que la cláusula en estudio debería ser inválida. La doctrina mayoritaria considera que estos pactos incurren en la prohibición del artículo 1481 del CC. Se ha dicho que aun cuando “se reconoce amplia autonomía individual para adoptar estas estipulaciones, las mismas no pueden condonar el dolo futuro del beneficiario ni representar una ventaja económica para quien ha causado la pérdida”<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> *Batson-cook Company Incorporated c. Industrial Steel Erectors*, Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, 12 de septiembre de 1958, párr. 30 (traducción no oficial).

<sup>67</sup> *Calloway c. City of Reno*, Corte de Apelaciones de Nevada, 22 de mayo de 1997, párr. 10 (traducción no oficial).

<sup>68</sup> Marcela Castro, “Cláusulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del Derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, ed. de Maximiliano Aramburo (Bogotá: Diké, 2011), 590.

Una de las ideas que robustecen esta tesis es del tipo económico-jurídico. Se alega que, de aceptarse la validez de este tipo de cláusulas, se generaría indefectiblemente un problema de riesgo moral, entendido como la capacidad que tiene la estipulación de alterar los incentivos del beneficiario para prevenir los daños a terceros<sup>69</sup>. En otras palabras, se niega la validez del pacto porque, con su existencia, se estaría incentivando un comportamiento oportunista por parte del acreedor. Como se expondrá, también hay una tesis opuesta que refuta este argumento.

Se menciona también que, por analogía, las reglas del CC sobre el contrato de compraventa dan luces respecto de la invalidez de estas cláusulas. En concreto, como la norma prescribe que cesa la obligación de sanear “si el comprador perdió la posesión por su culpa, y de ello se siguió la evicción”<sup>70</sup>, aquello significa que el vendedor no responde por evicciones generadas por dolo o culpa grave del comprador<sup>71</sup>. En tal sentido, las cláusulas objeto del presente estudio tampoco pueden configurarse de tal manera que el deudor tenga que responder por las conductas dolosas del acreedor.

En un sentido similar, se ha argumentado que pactar estas cláusulas es contravenir el principio general del derecho de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”<sup>72</sup>. Esto por cuanto el beneficiario de la indemnidad estaría en la favorable posición de quedar cubierto por los daños que, a propósito, hubiere provocado a terceros.

El principio mencionado se encuentra consagrado expresamente en el CC a través de varios artículos. Es el caso de la prescripción de que, si una persona paga por objeto ilícito, conociendo que lo es, no tiene derecho a repetir lo pagado<sup>73</sup>. También ocurre lo mismo con la nulidad absoluta, que no puede ser alegada por quien ha ejecutado un acto o celebrado un contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba<sup>74</sup>.

Además, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido consistente en determinar que se trata de un principio jurídico que integra al ordenamiento al estar presente en varias

---

<sup>69</sup> Steven Shavell, “On moral hazard and insurance”, *The Quarterly Journal of Economics* 93 (1979), 541.

<sup>70</sup> Artículo 1786, CC.

<sup>71</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2003), 73-74.

<sup>72</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, 221.

<sup>73</sup> Artículo 1484, CC.

<sup>74</sup> Artículo 1699, CC.

normas<sup>75</sup>, y que “[n]adie, ni las personas naturales ni las personas jurídicas, pueden beneficiarse de su propia falta, dolo o culpa”<sup>76</sup>.

Finalmente, como otro argumento, se ha mencionado que en términos de interpretación contractual el artículo 1578 del CC prescribe que “el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”<sup>77</sup>. Visto así, se entendería que las cláusulas de indemnidad para reclamaciones derivadas de dolo o culpa del beneficiario no están incluidas dentro del pacto pues “de lo contrario se tendría que declarar la nulidad”<sup>78</sup> de las mismas y esto contravendría su efecto útil.

A lo largo de esta sección se han evaluado argumentos económico-jurídicos, principios generales, reglas análogas y preceptos de interpretación. En caso de aceptarlos, queda claro que hay normas y sentencias que apoyan la posición de que el beneficiario de la indemnidad estaría aprovechando su comportamiento doloso y esto no sería deseable. Sin embargo, como se expondrá en el siguiente acápite, también hay reflexiones doctrinarias que refutan las ideas esgrimidas.

### **5.3.3. Argumentos sobre la validez del pacto**

Durante esta sección se revisarán los argumentos que soportan la idea de que las cláusulas en estudio deben ser válidas. Mucho de lo que se expondrá es, además, una contestación a las posturas planteadas en la sección anterior.

Quienes defienden la validez de la cláusula parten del supuesto de que los contratantes estructuran las indemnidades de un modo específico según sus necesidades. En ese sentido, se sostiene que es perfectamente posible pactar que el deudor responderá por daños que su acreedor genere dolosamente a terceros pues “en razón del principio de la autonomía de la voluntad privada nada obsta a su validez, teniendo los contratantes la facultad de pactarlo legítimamente”<sup>79</sup>.

Con respecto al argumento del riesgo moral y que la indemnidad es un incentivo para el beneficiario de causar daño, existe una postura contraria. Se menciona que, al pactar una cláusula de este tipo, es común que se requiera también una conducta activa por parte del acreedor para que la indemnidad le pueda beneficiar. En concreto,

---

<sup>75</sup> Causa No. 025-2012 JBP, Corte Nacional de Justicia, Sala de Casación, 22 de marzo de 2012, párr. 6.

<sup>76</sup> Causa No. 0636-2009, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de diciembre de 2009, párr. 10.

<sup>77</sup> Artículo 1578, CC.

<sup>78</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, 222.

<sup>79</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 702.

frecuentemente se le imponen cargas que se refieren a fijar un procedimiento para que “se informe debida y oportunamente al otorgante que se ha producido un reclamo o alegación por parte de un tercero que estén cubiertos por la cláusula”<sup>80</sup>.

Verbigracia, se suele pactar “la entrega de los antecedentes necesarios para una adecuada defensa en juicio, la forma en que se desarrollará la defensa ante el tribunal”<sup>81</sup>, entre otros aspectos relevantes. Es más, el beneficiario “debe actuar siempre de buena fe, por lo que no podrá hacer reconocimientos de derechos, renunciaciones de recursos o actos de transacción en el proceso, sin el consentimiento del otorgante”<sup>82</sup>.

En ese sentido, de existir un problema de riesgo moral, este se reduce drásticamente por el propio funcionamiento de la estipulación. Si el acreedor provoca daños a terceros también tendrá que desplegar ciertos actos tendientes a poder efectivizar su protección y aquello, en realidad, sería un desincentivo a la hora de proponerse cometer un daño. Según lo anterior, este no sería el argumento que ponga en tela de duda la validez de aquellas cláusulas.

También se ha planteado una objeción a la idea de que el beneficiario de la indemnidad estaría aprovechándose de su propio dolo. Si bien no se discute que este sea un principio general del derecho presente en varias normas del ordenamiento jurídico, sí se invita a reflexionar sobre si la estipulación de estas cláusulas se encasilla en aquel principio. Como lo menciona Schopf, una cuestión es aprovecharse del propio dolo o culpa grave y otra muy diferente es neutralizar los efectos patrimoniales de esas conductas<sup>83</sup>.

En respaldo de esta idea se argumenta que, de lo contrario, habría que concluir que resulta inválido contratar seguros de responsabilidad civil que son precisamente mecanismos para neutralizar los efectos patrimoniales del riesgo de incurrir en un comportamiento doloso o culpable que cause daño a otro<sup>84</sup>. Como ese no es el caso, no habría un aprovechamiento del dolo o la culpa grave propios y, en consecuencia, nada impediría que la cláusula se pueda configurar de tal modo que proteja aquellas actuaciones del beneficiario. Simplemente se trataría de una neutralización anticipada del riesgo de causar daños a terceros.

---

<sup>80</sup> Hernán Corral Talciani, “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, 214.

<sup>81</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 692.

<sup>82</sup> Eduardo Favier y Eduardo Favier, “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”, 6.

<sup>83</sup> *Ibid.*, 703.

<sup>84</sup> *Ibid.*

Al respecto, la jurisprudencia del *common law* ha manifestado que “por razones de orden público, [...] los contratos de indemnidad en estos casos deben ejecutarse porque asignan el riesgo”<sup>85</sup>. En otras palabras, es criterio de los tribunales que, en caso de inobservar el pacto expreso por el que las partes contratantes decidieron distribuir sus riesgos, eso sí implicaría contravenir un orden público por trastocar principios como la autonomía de la voluntad y la libertad de configuración interna de las relaciones jurídicas privadas.

Además, como contrargumento a la idea de la interpretación de efecto útil, se ha sostenido que, en realidad, si las partes han pactado estas indemnidades, el verdadero efecto útil es entender que se incluye la responsabilidad del otorgante frente a terceros por dolo o culpa grave. “De lo contrario, la estipulación carecería de eficacia y sentido práctico, lo que debe tenerse por descartado”<sup>86</sup>.

La jurisprudencia del *common law* también se ha pronunciado a ese respecto. Verbigracia, en el caso *American Fed. Savings Bank c. County of Washoe*, la Corte Suprema del Estado de Nevada sostuvo que:

La cuestión de si un acuerdo de indemnidad cubre un caso determinado depende principalmente de la interpretación contractual, y es la intención de las partes expresada en el acuerdo la que debe prevalecer. Cuando las partes negocian a sabiendas la protección en cuestión, ésta debe concederse<sup>87</sup>.

En un sentido muy similar, en el caso *Continental Heller Corp. c. Amtech Mechanical Services*, se decidió que a la hora de interpretar los pactos de indemnidad “la intención mutua de las partes prevalecerá y, a menos que las partes le den un significado especial, las palabras de un contrato se entenderán en su sentido ordinario y popular”<sup>88</sup>.

En definitiva, quienes defienden la validez del pacto consideran que, si las partes fueron claras al acordar que el otorgante se haría cargo del dolo o culpa grave del acreedor, no resulta factible interpretar que aquello no forma parte del acuerdo.

Con base en lo expuesto, en esta sección se ha demostrado la existencia de un cúmulo de reflexiones que abogan por la validez de las cláusulas de indemnidad que protegen al beneficiario cuando ha provocado daños a terceros con dolo o culpa grave.

---

<sup>85</sup> *American Fed. Savings Bank c. County of Washoe*, Corte Suprema de Nevada, 7 de diciembre de 1990, párr. 2 (traducción no oficial).

<sup>86</sup> Wayne Courtney, *Contractual indemnities*, 86 (traducción no oficial).

<sup>87</sup> *American Fed. Savings Bank c. County of Washoe*, Corte Suprema de Nevada, 7 de diciembre de 1990, párr. 2 (traducción no oficial).

<sup>88</sup> *Continental Heller Corp. c. Amtech Mechanical Services Inc.*, Corte Superior de Los Ángeles, 18 de febrero de 1997, párr. 26 (traducción no oficial).

#### 5.4. Indemnidades y su frontera con la condonación del dolo futuro

En las secciones anteriores se presentaron dos posturas. Una que mira con escepticismo a los pactos de indemnidad que protegen el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros, y otra que aboga por su validez. En este epígrafe, se estudiará la relación que existe entre las indemnidades y la prohibición de condonar el dolo futuro, en aras de proponer una solución al potencial conflicto que habría entre ambas figuras.

La proscripción que ocupa al presente trabajo ya fue contextualizada en cuanto a su fundamento y a su efecto de nulidad absoluta<sup>89</sup>. Ahora, lo que resulta útil para este apartado, es revisar su operatividad. La primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 9 de abril de 1998, analizó una cláusula de exoneración de responsabilidad. Desde entonces, se ha reiterado el criterio de que la libertad contractual tiene ciertos límites. En ese sentido, la mentada sentencia reza lo siguiente:

[N]o se puede convenir en contravención de ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, y por la misma razón, *no puede ser materia del pacto, la exoneración anticipada de responsabilidad proveniente de la actuación dolosa* ya que ello contraviene al orden público porque implica condonación de dolo futuro, en efecto, siendo el dolo un proceder ilícito, los pactos que, aun siendo fruto del acuerdo de voluntades de ambos contratantes *tiendan a garantizar la irresponsabilidad por dolo futuro*, implican legitimar por anticipado proceder ilegítimos y *permitir que el deudor no contraiga ningún deber legalmente exigible* aunque proceda con la intención positiva de causar daño al otro contratante, lo cual repugna a la recta razón, por ello es que esta clase de pactos están expresamente prohibidos<sup>90</sup>.

El fallo resulta sumamente ilustrativo. Como se puede notar, hay por lo menos dos elementos claros en la condonación de la responsabilidad de quien actuará de forma dolosa. Primero, aunque parezca una perogrullada, existe una relación de dos partes — acreedor y deudor—, cuyo acuerdo expreso consiste en que el segundo no contraerá ningún deber legalmente exigible por el primero<sup>91</sup>. Segundo, que el pacto en cuestión es uno que tiende a garantizar la irresponsabilidad del obligado<sup>92</sup>.

Ambas consideraciones constituyen un punto de partida necesario para hacer un parangón con las cláusulas de indemnidad. Si los dos factores de la condonación se

---

<sup>89</sup> Artículo 1481, CC.

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, párr.10 (énfasis añadido).

<sup>91</sup> Sebastián Campos Micin, “Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito”, *Ars Boni et Aequi* 2 (2019), 79.

<sup>92</sup> Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2013), 257-258.

verifican, evidentemente la estipulación será inválida. Caso contrario, habrá razones para pensar que la indemnidad no incurre en dicho supuesto. Eso se analizará en los siguientes párrafos.

En cuanto al primer elemento, cabe recordar que este artículo trabaja sobre la hipótesis en que la indemnidad se ha formulado para cubrir el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros. No se puede dejar de notar que, para ese supuesto, en realidad hay dos relaciones distintas. Por un lado, la que une a las partes que acuerdan la indemnidad<sup>93</sup>. Por otro lado, la que genera la responsabilidad del beneficiario del pacto con alguien externo<sup>94</sup>. Lo anterior tiene una importancia superlativa. Como se recordará, la condonación futura del dolo no es aceptable porque el deudor no contrae ningún deber legalmente exigible. Sin embargo, la indemnidad es diferente por varios motivos.

Primero, en este caso el beneficiario de la cláusula no funge como deudor, sino como acreedor del otorgante<sup>95</sup>. Segundo, ya se ha mencionado que sí asume deberes legalmente exigibles para activar la indemnidad, verbigracia, notificar oportunamente al otorgante de la existencia de las acciones o reclamos<sup>96</sup>. Tercero, es cierto que ocupa la posición de deudor frente al tercero afectado. Sin embargo, no es menos cierto que, mientras no haya un pacto entre ambos para condonar la actuación dolosa, entonces quien ha cometido el daño sigue siendo responsable de indemnizar a quien lo ha sufrido<sup>97</sup>. Por tanto, no es posible sostener que se ha configurado la condonación por la sola existencia de una indemnidad.

En cuanto al segundo elemento de la condonación, se mencionó que es un acuerdo para garantizar la irresponsabilidad del obligado<sup>98</sup>. No obstante, eso tampoco es algo que ocurre con las cláusulas de indemnidad para proteger al acreedor frente a reclamos de un tercero. En esos casos, la estipulación únicamente “tendrá el efecto de distribuir de manera interna entre las partes que suscribieron el pacto de indemnidad, las cargas y pérdidas correspondientes”<sup>99</sup>. En otras palabras, no es un pacto de irresponsabilidad, sino un acuerdo para asignar la responsabilidad anticipadamente<sup>100</sup>.

---

<sup>93</sup> Frank Adoranti, *The managers guide to understanding indemnity clauses* (Londres: Global Professional Publishing, 2006), 5 (traducción no oficial).

<sup>94</sup> Wayne Courtney, *Contractual indemnities*, 150 (traducción no oficial).

<sup>95</sup> Frank Adoranti, *The managers guide to understanding indemnity clauses*, 6 (traducción no oficial).

<sup>96</sup> Adrián Schopf, “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, 692.

<sup>97</sup> Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Bogotá: Temis, 2008), 335.

<sup>98</sup> Ramón Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2016), 136.

<sup>99</sup> Marcela Castro, “Cláusulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano”, 594.

<sup>100</sup> Diego Papayannis, “La responsabilidad como asignación de pérdidas”, *InDret I* (2014), 12.

En definitiva, durante esta sección se han estudiado las diferencias entre condonación e indemnidad, a la luz de los elementos de cada una de ellas. Con base en esto, se pudo evidenciar que no son figuras equiparables. No se desconoce que la condonación del dolo futuro debe tener como consecuencia la nulidad absoluta del pacto. Sin embargo, la estipulación de indemnidades que benefician al dolo del acreedor no implica una condonación. Por ende, se concluye que podrían ser válidas.

## **6. Conclusiones**

El trabajo analizó los pactos de indemnidad a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano y con respecto a la prohibición de condonar el dolo futuro en particular. Se revisó el origen anglosajón de estas cláusulas y se estudiaron sus finalidades de manera general. Esto permitió concluir que operan como instrumentos confiables para la asignación anticipada de riesgos. Por esa razón se han importado a relaciones comerciales de sistemas civiles como Ecuador.

Se observó que existen varias tipologías de cláusulas de indemnidad. Las que más inquietudes han despertado en los sistemas continentales son aquellas que protegen al beneficiario, frente a reclamos de terceros, cuando este ha actuado con dolo o culpa grave. Se mencionó que estas son las indemnidades por antonomasia. Precisamente por ello, y por su creciente utilización que contrasta de sobremanera con su escaso análisis en Ecuador, son el tipo de estipulación que se ha convertido en el objeto de este estudio.

También se revisó la prohibición de condonar el dolo futuro que está contenida en el artículo 1481 del CC. Se pudo concluir que la norma es clara en cuanto a que se trata de una hipótesis de objeto ilícito cuya consecuencia indefectible es la nulidad absoluta. En ese sentido, si se acepta la tesis de que la cláusula de indemnidad configura esta institución, entonces no habría espacio para discutir su validez.

Además, se revisó la interpretación de las cláusulas como primer peldaño antes de discutir su validez. A continuación, se estudiaron dos tipos de argumentos. Por un lado, aquellos que propugnan la invalidez de los pactos en cuestión. Por otro lado, los que abogan por su validez.

Reconociendo que existen estas disquisiciones, el trabajo se propuso analizar la interacción que hay entre los pactos de indemnidad y la condonación del dolo futuro. Para ello, se revisaron los elementos de cada figura. Eso permitió concluir que son dos instituciones diferentes. La cláusula de indemnidad que protege el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros no es, por sí sola, una condonación. Así, se ha comprobado

exitosamente la hipótesis de investigación pues se concluye que las estipulaciones objeto de estudio sí pueden ser válidas en tanto no se encasillan en esa prohibición.

El trabajo reconoce como primera limitación que el estudio de las cláusulas de indemnidad en países civilistas ha sido escaso. Esto se debe principalmente a que son pactos importados desde sistemas anglosajones. Por lo mismo, el artículo no contiene análisis que examinen la figura desde la óptica nacional.

Como segunda limitación, se acepta que el trabajo no profundizó en los mecanismos de revisión contractual que podrían o no aplicarse a las indemnidades. Si bien es un tema de gran interés, se considera que puede constituir un artículo académico en sí mismo. Otra limitación es que, por desviarse del objeto del presente estudio, tampoco se exploró la aplicabilidad de las cláusulas de indemnidad en contratos públicos. El tema surgió como resultado de las indagaciones realizadas y podría ser relevante ahondar en él.

Para la primera limitante, se invita al lector a reflexionar en torno a la temática propuesta y a tomar este trabajo como punto de partida para otros aportes teóricos relacionados con esta cuestión. Para la segunda y tercera, se dejan sentados ambos temas como puntos de partida para investigaciones ulteriores.

El trabajo buscó aportar al estudio de las cláusulas de indemnidad en el país. Se ha evidenciado que, a primera vista, las estipulaciones parecerían ser una condonación del dolo futuro. Sin embargo, ha sido necesario adentrarse en cada figura para poder determinar los pormenores de su operatividad. Solo así, fue posible evidenciar que hay diferencias importantes entre ambas. Esto abre la posibilidad de que se acepte la validez de los pactos de indemnidad que protegen el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros.