

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**  
Colegio de Jurisprudencia

**LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE  
PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO  
BILATERAL**

**Juan Sebastián Baquero Correa**  
Jurisprudencia

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de  
Abogado

Director:  
Dr. Vladimir Villalba Paredes

Quito D.M., 19 de julio de 2018

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

“La autonomía de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato bilateral”

Juan Sebastián Baquero

Dr. Vladimir Villalba  
Director del Trabajo de Titulación

Dr. Luis Parraguez  
Lector del Trabajo de Titulación

MSc. Oswaldo Santos  
Lector del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Handwritten signatures in blue ink are placed over horizontal dotted lines. The signatures are: Juan Sebastián Baquero (top), Dr. Vladimir Villalba, Dr. Luis Parraguez, MSc. Oswaldo Santos, and Dr. Farith Simon (bottom).

Quito, septiembre del 2018

# UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

## COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

-EVALUACIÓN DE DIRECTOR DE TRABAJO  
ESCRITO DE TITULACIÓN-

Título: *La autonomía de la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral*  
Investigador: *Juan Sebastián Baquero Correa*

### EVALUACIÓN

#### I. **IMPORTANCIA DEL PROBLEMA PRESENTADO**

Resulta de gran importancia e interés práctico el problema planteado en la investigación ya que propone romper, por falta de sustento legal, con una tradición en optar por el derecho alternativo del Art. 1505 Código Civil frente a la patología contractual, como antecedente al derecho a la indemnización.

#### II. **TRASCENDENCIA DE LA HIPÓTESIS PLANTEADA**

La hipótesis radica en que es factible demandar la indemnización por daños que ocasione la mora o incumplimiento de una prestación contractual de forma directa, independientemente a la acción de cumplimiento o la acción de resolución. Es trascendente en la doctrina y la práctica la hipótesis porque nos permite -al menos, valorar la tradición de Andrés Bello frente a la patología, en la que el acreedor debería atacar el contrato con la resolución o proceder a la ejecución forzada como herramientas previo a la acción de indemnización.

#### III: **SUFICIENCIA Y PERTINENCIA DE LOS DOCUMENTOS Y MATERIALES EMPLEADOS**

Hay suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales que apoyan la tesis del investigador, destacándose la evolución de los proyectos del Código Civil chileno y la jurisprudencia ecuatoriana próxima al tema.

#### IV. **CONTENIDO ARGUMENTATIVO DE LA INVESTIGACIÓN**

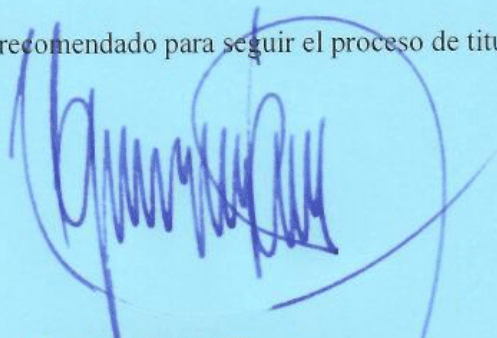
La investigación aplica los elementos de interpretación de la norma: literal, histórico, lógico y sistemático de forma técnica y magistral. Hay claridad en el uso de la literalidad de los Arts. 1505, 1569 y 1571 del Código Civil, entre otros. Hay dedicación en el levantamiento de la información histórica del proyecto de Código Civil chileno. Hay maestría en el tejido lógico y sistemático del concepto de indemnización como una categoría independiente a la destrucción contractual o la ejecución forzada. La investigación incorpora elementos de derecho comparado así como elementos de eficiencia de las acciones alternativas. Desmenuza con destreza las diferentes hipótesis que ocupan el alcance de la indemnización.

#### V. **CUMPLIMIENTO DE LAS TAREAS ENCOMENDADAS A LO LARGO DEL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN**

El investigador ha cumplido con todas las tareas que ha demandado la tutela en la investigación. Durante las sesiones de trabajo, el investigador ha levantado una matriz de soluciones para las diferentes hipótesis que el Tribunal de Grado pudiera provocar, incluyendo ajustes en la aplicación de su teoría.

Por lo anterior, el trabajo de investigación es recomendado para seguir el proceso de titulación hasta ser considerado ante un Tribunal de Grado.

**Distrito Metropolitano de Quito,  
Julio 16, 2018**



**Vladimir Villalba**

## © 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 el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:	_____
Nombres y apellidos:	Juan Sebastián Baquero Correa
Código:	00116555
Cédula de Identidad:	1717058372
Lugar y fecha	Quito, 19 de julio de 2018

*Dedicado a Daniel, papiñel.*



*Agradezco a mis padres Mónica y Vinicio por haberme formado con valores y libertad.*

*A mis hermanos Washi y Emi porque juntos hemos salido adelante.*

*A Daniela mi compañera en esta travesía.*

*A Vladimir por sus enseñanzas no solo académicas, sino sobre la vida y cómo vivirla.*

## Resumen

A lo largo de más de un siglo la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana han consolidado perpetua y sistemáticamente la tesis de que para obtener la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral, el contratante diligente necesariamente debe demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. Esta postura se ampara en que la condición resolutoria tácita contiene la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ lo que convierte a esta acción en accesoria y dependiente. El presente trabajo tiene por objeto demostrar lo contrario. Se trata de una apología por la autonomía de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral. Tras un análisis detenido del problema jurídico, se recurre a la interpretación gramatical de que el sentido del ‘con indemnización de perjuicios’ no es otro que recordar su posible acumulación al cumplimiento o resolución del contrato. La norma únicamente lo permite, pero ciertamente no lo impone. Toda vez que por la mera interpretación gramatical no es posible comprender el verdadero sentido del Art. 1505, recurrimos a la interpretación histórica, lógica y sistemática. Un estudio de los distintos Proyectos de Bello, el *Code* como antecedente directo de la norma, los múltiples casos en que el Código Civil y el ordenamiento jurídico ecuatoriano permiten la autonomía indemnizatoria, revelan que el sentido del Art. 1505 es únicamente permitir su acumulación.

### ***Abstract***

*For more than a century, legal writers and the case-law in Ecuador have established systematically that the diligent contractor, in order to obtain the compensation for damages for the breach of contract, must necessarily sue the termination or the specific performance of the bilateral contract. Since Article 1505 of the Ecuadorian civil code establishes the implied resolutive condition containing the expression ‘with compensation for damages’, the National Court has concluded that it is an accessory and dependent remedy. Nevertheless, the present dissertation tries to prove the contrary and, as such, it is a defense for the autonomy of the compensations for damages by breach of contract. After profound analysis of the issue, we conclude that the meaning of the reference of compensation for damages in Article 1505 is no more than a reminder that it is possible to sue for the compensation plus either the termination or the specific performance. In that sense, the article only allows for it, but does not require the contractor to do so. Given that by the grammatical interpretation alone it is not possible to determine its clear meaning, we appeal to the historical, logical, and systematic interpretation. An analysis of the diverse Projects of Civil Codes by Andrés Bello, the Napoleonic Civil Code as the direct antecedent of the Article 1505, and the multiple cases in which the Civil Code and other statutes accept the autonomy of the compensation for damages reveal that the meaning of Article 1505 of the Civil Code is just to allow for its accumulation.*



# ÍNDICE

<b>I. ABREVIATURAS.....</b>	<b>X</b>
<b>II. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>III. CAPÍTULO I: LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO ACCIÓN ACCESORIA .....</b>	<b>5</b>
A. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA QUE LO SUSTENTAN.....	5
B. ARGUMENTOS DE LA TESIS DE LA ACCIÓN ACCESORIA .....	9
1. <i>Interpretación gramatical del Art. 1505 del CC.....</i>	9
2. <i>La naturaleza jurídica de la condición resolutoria tácita.....</i>	11
3. <i>La causa de la indemnización es la acción resolutoria o de cumplimiento del contrato .....</i>	14
4. <i>Existe una jerarquía hacia el cumplimiento in natura.....</i>	16
<b>IV. CAPÍTULO II: LA AUTONOMÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.....</b>	<b>19</b>
A. INTERPRETACIÓN GRAMATICAL .....	19
B. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA .....	24
C. INTERPRETACIÓN LÓGICA Y SISTEMÁTICA .....	26
1. <i>La condición resolutoria tácita no es una condición.....</i>	26
2. <i>El incumplimiento imputable que ocasiona daños y perjuicios es la causa de la indemnización .....</i>	29
3. <i>Autonomía de la acción indemnizatoria en el ordenamiento jurídico .....</i>	30
D. EL CC PERMITE OPTAR DIRECTAMENTE POR LA INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA	42
E. LOS PRINCIPIOS DE REPARACIÓN INTEGRAL, CONSERVACIÓN DEL CONTRATO, ECONOMÍA PROCESAL Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	46
<b>V. CAPÍTULO III: CASOS DE AUTONOMÍA INDEMNIZATORIA .....</b>	<b>50</b>
A. INCUMPLIMIENTO EN QUE EL ACREEDOR DESEA MANTENER EL CONTRATO .....	51
B. INCUMPLIMIENTO NO RELEVANTE QUE CAUSA DAÑOS AL ACREEDOR.....	51
C. INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR EL CUMPLIMIENTO TARDÍO.....	53
D. INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIÓN GENÉRICA .....	55
E. CONTRATO TERMINADO EN EL QUE EXISTIÓ UN INCUMPLIMIENTO QUE CAUSÓ PERJUICIOS PREVIOS A SU TERMINACIÓN .....	55
<b>VI. CONCLUSIONES.....</b>	<b>56</b>
<b>VII. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>61</b>

## I. ABREVIATURAS

<b>Abreviatura</b>	<b>Explicación</b>
§	Sección
Art. / Arts.	Artículo / Artículos
CC / si no existe referencia a un cuerpo normativo léase CC.	Código Civil ecuatoriano
CCch	Código Civil chileno
<i>Code</i>	Código Civil francés de 1804 / Código Napoleónico
CCo	Código de Comercio
Constitución	Constitución de la República del Ecuador
CISG	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
CSJ	Corte Suprema de Justicia de Ecuador
CNJ	Corte Nacional de Justicia de Ecuador

## II. INTRODUCCIÓN

El CC regula las acciones que tutelan al acreedor frente al incumplimiento contractual. En el Título XII del Libro IV respecto del efecto de las obligaciones, establece al cumplimiento específico y a la indemnización de perjuicios como acciones del acreedor.<sup>1</sup> Si bien para el CC constituyen el efecto de las obligaciones, la doctrina clásica ha preferido denominarlas efectos de la obligación en el incumplimiento<sup>2</sup> o efectos anormales de las obligaciones<sup>3</sup> pues el efecto normal es el pago, pero ante su negativa el ordenamiento jurídico otorga al acreedor mecanismos para que el deudor se encuentre en la ineludible situación de cumplir su prestación.

A pesar de que el CC reconoce estas acciones como un efecto de las obligaciones, su tratamiento ciertamente no ha sido el más adecuado. Desde antiguo ya se criticaba que el Título XII confunde los efectos de las obligaciones con los del contrato<sup>4</sup>, que dentro de este título se regula el contrato de promesa<sup>5</sup>, que el tratamiento de la indemnización de perjuicios como efecto obligacional diluye la función de reparación de la responsabilidad contractual<sup>6</sup> y que existe un caos entre los remedios del acreedor pues “conviven sin mayor armonía en la práctica judicial sin concurrir a una lógica que las explique”.<sup>7</sup>

Esta tesina se refiere a la aparente antinomia entre la condición resolutoria tácita que se aplica a todo contrato bilateral<sup>8</sup> y la regulación de la indemnización de perjuicios

---

<sup>1</sup> Desde una perspectiva procesalista se puede afirmar que el CC no otorga la acción, sino el derecho. Sobre cómo la acción deriva del derecho de petición, *vid.* Eduardo Couture. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Montevideo: La ley, 2016, pp. 64-69. Para efectos de este trabajo se utilizará el término acción por ser más apegado al CC.

<sup>2</sup> *Vid.* René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 479.

<sup>3</sup> *Vid.* Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 251.

<sup>4</sup> Según Alessandri, “no obstante su nombre se reglamentan en el confusa y distintamente tanto los efectos de las obligaciones, como los efectos de los contratos”. Arturo Alessandri Rodríguez. *Teoría de las obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar-Conosur, 1998, p. 62.

<sup>5</sup> *Vid.* René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 477.

<sup>6</sup> Dado el seguimiento del CC al *Code*, se ubica a la indemnización de perjuicios como un efecto obligacional lo que dificulta una comprensión de la responsabilidad contractual en su función de reparación y no solo por el valor de la prestación (*aestimatio rei*). Sobre la doble función de la responsabilidad contractual y cómo debe entenderse esta bajo la regulación del CCch, *vid.* Carlos Pizarro Wilson. “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. 1ra. ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 299-312.

<sup>7</sup> *Id.*, p. 300.

<sup>8</sup> Aunque existen autores que afirman que sobre los contratos unilaterales también sería aplicable en cierta medida la acción resolutoria, aunque se le llame distinto. En Ecuador, *vid.* Luis Parraguez Ruiz. *Manual*

por incumplimiento obligacional. Por un lado, el Art. 1505 del CC prescrito en el Título IV de las obligaciones condicionales dispone:

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* [énfasis añadido].<sup>9</sup>

Parecería ser que en los contratos bilaterales la condición resolutoria tácita subleva al resarcimiento como una acción accesorio<sup>10</sup> de la resolución o cumplimiento del contrato. Sin embargo, esta necesidad de demandar la indemnización de perjuicios acompañada de la resolución o el cumplimiento tropieza con la regulación de la mora en el cumplimiento de las obligaciones de hacer y el incumplimiento de las obligaciones de no hacer. El CC permite al acreedor de una obligación de hacer demandar la indemnización de perjuicios autónomamente. Así, el Art. 1569 del CC dispone:

Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora [...] 2. *Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato* [énfasis añadido].<sup>11</sup>

Por otra parte, respecto del incumplimiento de las obligaciones de no hacer, el Art. 1571 del CC prescribe que “[t]oda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho [...]”.<sup>12</sup> Por lo que si la obligación es de no hacer, el CC también otorga la posibilidad que el acreedor demande la indemnización de perjuicios sin necesidad de acompañarla al cumplimiento o la resolución del contrato.

Pareciese consolidarse una antinomia. Mientras el Art. 1505 del CC subordina a la indemnización a demandarse junto con la resolución o cumplimiento, los Arts. 1569 y 1571 del CC en las obligaciones de hacer y de no hacer habilitan la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios compensatoria. La antinomia consistiría en si en los contratos bilaterales es siempre necesario acompañar a la indemnización de perjuicios el cumplimiento o la resolución del contrato o, si esta procede de manera

---

*de Derecho Civil Ecuatoriano: Teoría General de las Obligaciones*. 1era. ed. Volumen I. Loja: UTPL, 2000, p. 244.

<sup>9</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>10</sup> Utilizo el término accesorio dado que es la forma como la mayoría de jurisprudencias en Ecuador lo entienden. López Díaz han preferido utilizar los términos concurrente y complementario, *vid.* Patricia López Díaz. “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado No. 15* (2010), p. 71. Otros autores lo caracterizan como dependiente, *vid.* Juan Ignacio Contardo González. “Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (civil), 10 de septiembre de 2013, rol 885-2013”. *Revista Chilena de Derecho Privado 22* (2014), pp. 261-269.

<sup>11</sup> CC. Art. 1569. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>12</sup> CC. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

autónoma cuando se incumpla obligaciones de hacer o de no hacer siendo aplicables tanto la condición resolutoria tácita como los Arts. 1569 o 1571 del CC respectivamente.

Resulta dificultoso resolver esta antinomia pues no le es aplicable el criterio de especialidad. Si bien existen decisiones que la resuelven bajo la especialidad del Art. 1569 sobre el 1505 del CC<sup>13</sup>, consideramos que esto no es correcto. Las disposiciones atinentes a la mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer y del incumplimiento de obligaciones de no hacer no son especiales frente a la condición resolutoria tácita. Simplemente regulan cosas distintas. La condición resolutoria tácita se aplica en el contrato bilateral, mientras que los Arts. 1569 y 1571 se aplican a las obligaciones de hacer o de no hacer independientemente de si se trata de un contrato unilateral o bilateral e incluso se afirma que le es indiferente su fuente obligacional.<sup>14</sup> Al igual que Contardo González consideramos que "descartar el artículo 1489 por ser más general que el artículo 1553 no nos parece que sea un argumento satisfactorio, desde el momento que incluye todos los casos de contratos bilaterales, sean sus obligaciones de hacer, no hacer o de dar".<sup>15</sup>

Ahora bien, en las obligaciones de dar surge la duda de si la indemnización compensatoria también es autónoma o si esta debe ser escoltada de la resolución o el cumplimiento del contrato. Si bien en la obligación de dar no existe una norma similar a los Arts. 1569 y 1571 del CC, el análisis lógico y sistemático del CC y del ordenamiento jurídico ecuatoriano nos lleva a pensar que existen suficientes elementos en los que aquella autonomía indemnizatoria se asienta.

---

<sup>13</sup> Según la Corte Suprema de Chile, "[l]a discordancia normativa entre el artículo 1489, que no prevé en forma expresa la posibilidad de escoger entre la resolución o el cumplimiento y la indemnización de perjuicios, y el artículo 1553, que sí autoriza para impetrar la reparación ante la inexecución del deudor, sin exigir como requisito previo que el acreedor demande la resolución o cumplimiento forzado del contrato, debe resolverse por aplicación del principio de especialidad, a favor del último de estas disposiciones". (Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Steffen Cáceres c. Fundación Mi Casa*. Sentencia de 10 de septiembre de 2013).

<sup>14</sup> Al respecto según Barros Errázuriz "las reglas que da el Código en ese título, que es de una importancia excepcional y de gran aplicación práctica, son de carácter general y comprenden los efectos de todas las obligaciones que tienen un vínculo preexistente, ya procedan de los contratos, cuasi contratos, o de la ley. También en algunas materias, se aplican a las que nacen de los delitos y cuasi delitos". (Alfredo Barros Errázuriz. *Curso de Derecho Civil*. 4ta. ed. Volumen II. Santiago de Chile: Nascimento, 1932, p. 51). De igual forma, *vid.* Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil: De las obligaciones*. 10ma. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 91. Nosotros no coincidimos en que la fuente es indiferente en todos los artículos del título pues si se lee con atención el segundo inciso del artículo 1569, se refiere a la infracción del contrato.

<sup>15</sup> Juan Ignacio Contardo González. "Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual..." *Óp. cit.*, p. 263.

Este trabajo no solo abarca la autonomía de la acción de indemnización compensatoria, sino también la de la indemnización moratoria. En Chile, la discusión se ha centrado en la indemnización compensatoria pues “resulta indiscutido que el deudor debe indemnizar los daños derivados de cumplimiento tardío del contrato desde que se constituye en mora, siendo irrelevante que solicite, previa o simultáneamente, la resolución o el cumplimiento específico”.<sup>16</sup> No obstante, en el Ecuador se hace necesario discutirlo. La CSJ ha considerado que habiéndose cumplido el contrato tardíamente, la indemnización moratoria igualmente debe ser acompañada del cumplimiento o la resolución del contrato.<sup>17</sup>

La presente tesina aborda la autonomía de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral. Nuestra hipótesis es que la indemnización por incumplimiento de un contrato bilateral, sea la obligación de dar, hacer o no hacer, es autónoma. Tras un análisis detenido de la aparente antinomia, de la tesis de la accesoriedad y la jurisprudencia de la CSJ en un periodo de más de un siglo, consideramos que mediante los métodos de interpretación de la ley gramatical, histórico, lógico y sistemático la autonomía de la acción indemnizatoria fluye naturalmente y es procedente pues el sentido de la referencia al resarcimiento en el Art. 1505 no convierte a la acción indemnizatoria en accesoría y dependiente. Es por esta razón que sostenemos que no existe antinomia entre la condición resolutoria tácita y los Arts. 1569 y 1571 del CC.

En el primer capítulo se analiza la tesis de la acción accesoría. Se expone la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana que por más de un siglo ha sostenido esta tesis. Se analizan sus distintos argumentos los cuales son la interpretación gramatical del Art. 1505 del CC, la naturaleza condicional de la condición resolutoria tácita, el cumplimiento o resolución como causa de la indemnización y, tratándose de la indemnización compensatoria, la existencia de una jerarquía de medios de tutela del acreedor entre los que prima el cumplimiento específico.

En el segundo capítulo planteamos nuestra hipótesis de que la indemnización de perjuicios es una acción autónoma. Sostenemos que la interpretación gramatical del Art. 1505 del CC no implica que la indemnización se trate de una acción accesoría, sino que

---

<sup>16</sup> Patricia López Díaz. *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015, p. 11.

<sup>17</sup> *Vid. Infra* nota 47.

simplemente la ley permite la acumulación de acciones. Se hace uso del elemento de interpretación histórica recurriendo a su historia fidedigna en los distintos Proyectos de Bello, así como en el Art. 1184 del *Code* como antecedente directo. De igual manera, recurrimos a los elementos de interpretación lógica y sistemática para refutar la tesis de la acción accesoria y demostrar que el CC y el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano permiten la autonomía de la acción indemnizatoria en los contratos bilaterales. Por último, sostenemos que la autonomía indemnizatoria permite la consagración de un sistema en el que prime la reparación integral, la conservación del contrato y el derecho a la tutela judicial efectiva.

El tercer capítulo es plenamente casuístico. Aunque no lo consideremos taxativo, está destinado a demostrar ciertos supuestos en los que se justifica la autonomía de la indemnización de perjuicios.

### **III. CAPÍTULO I: LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS COMO ACCIÓN ACCESORIA**

#### **A. Doctrina y jurisprudencia que lo sustentan.**

Esta tesis propugna que una vez que se verifica el incumplimiento, el acreedor debe demandar la indemnización juntamente y en compañía de la resolución o cumplimiento del contrato. Dado que la indemnización de perjuicios siempre debe ir acompañada, esta ha sido considerada accesoria de las acciones de resolución o cumplimiento.

Pese a su decadencia en Chile, en Ecuador por apego a los tratadistas chilenos clásicos ha reinado de manera considerable y sostenida en el tiempo.<sup>18</sup> En Ecuador se ha consolidado una negación perpetua y sistemática hacia la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Abeliuk establece que “no se puede solicitar indemnización de perjuicios si no se demanda o el cumplimiento o la resolución”. (René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. 5ta. ed. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 530). Asimismo, Ruz Lártiga, “se puede solicitar el cumplimiento o la resolución más indemnización de perjuicios, pero no se puede solicitarse solamente esta última”. (Gonzalo Ruz Lártiga. *Explicaciones de Derecho Civil Obligaciones*. Tomo II. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011, p. 204). Otros autores, aunque no lo manifiestan directamente, no miran a la indemnización como una acción. Así Claro Solar manifiesta “la parte, que ha cumplido el contrato tiene, pues, el derecho a elegir entre *dos acciones* absolutamente distintas”. (Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 178).

<sup>19</sup> Con perpetuo me refiero a que la jurisprudencia de la CSJ desde 1904 con muy pocas excepciones, ha establecido en términos categóricos la accesoriedad de la acción indemnizatoria en base a la condición resolutoria tácita. Por otra parte, con sistemática me refiero a que la negación proviene del propio sistema estatal de administración de justicia, en especial de la anterior CSJ. De igual forma, es sistemática dada la rigidez de la postura sin más consideraciones.



Entre la doctrina ecuatoriana que ha sustentado esta negación perpetua, se encuentran autores como Ponce Martínez quien manifiesta:

La indemnización de perjuicios, pues, en los contratos bilaterales es accesoria a la obligación de cumplir el contrato y, por ello, no puede exigirse en forma independiente de la obligación principal o de la resolución o terminación. [...] En materia contractual, pues, la indemnización de perjuicios es, de modo general, un derecho accesorio del acreedor, exigible por el incumplimiento o mora, pero no independiente de la exigencia de que se cumpla el contrato o de la pretensión de resolver o terminar el contrato.<sup>20</sup>

En similar sentido, Rivas Cadena en comentario a la sentencia de tercera instancia del caso *Torres Maldonado c. González Salvador*<sup>21</sup> ha manifestado:

La sentencia es jurídicamente incuestionable. En efecto, el actor demandó directa y exclusivamente los daños y perjuicios [...]. Por ello y con toda razón fue desestimada la demanda, pues debió demandar o la terminación del contrato de arrendamiento o el cumplimiento de él, con la indemnización de perjuicios probados.<sup>22</sup>

En cuanto a la jurisprudencia, esta tesis ha sido adoptada por la CSJ en innumerables ocasiones en el último siglo. Probablemente la primera sentencia que se pueda encontrar es una de 1904 en la que la CSJ estableció:

Según el claro tenor del artículo 1.817 del Código civil, la indemnización de perjuicios a que tiene derecho el comprador, es consecuencia de haberse vencido al vendedor en cualquiera de las dos acciones concedidas por el propio artículo, esto es, bien en la de perseverar en el contrato, bien en la resolutoria; y, por lo mismo, tal indemnización solo es procedente, cuando, justificados los perjuicios, la sentencia admite una de las expresadas acciones. La demanda de la foja 1a, se limita a pedir, independientemente, indemnización de perjuicios, la cual, en virtud de lo expuesto, es inadmisibile.<sup>23</sup>

Parece ser que esta postura arribó a la CSJ para permanecer en ella. Desde la sentencia de 1904 hasta sentencias de los años 1943<sup>24</sup>, 1948<sup>25</sup>, 1951<sup>26</sup>, 1953<sup>27</sup>, 1962<sup>28</sup>,

---

<sup>20</sup> Alejandro Ponce Martínez. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. *Revista de la sección académica de ciencias jurídicas de la Casa de la Cultura ecuatoriana Benjamín Carrión* V (2015), p. 78.

<sup>21</sup> *Vid. Supra* nota 30.

<sup>22</sup> Leonardo Rivas Cadena. *Derecho Civil Estudios del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano*. Tomo IV. 1ra. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991, p. 408. Larrea Holguín, aunque no lo diga explícitamente, parecería apoyar esta teoría pues no concibe la autonomía indemnizatoria como una opción del acreedor. Según Larrea Holguín, si el comprador no paga, lo natural es que el vendedor “demande el cumplimiento [...]. La otra opción, en caso de mora consiste en que la parte que sí ha cumplido, demande la resolución del contrato [...] también con la reparación de los perjuicios producidos y probados”. (Juan Larrea Holguín. *Derecho Civil del Ecuador*. 3ra. ed. Volumen VII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 206).

<sup>23</sup> *Vid. CSJ*. Sentencia de 25 de febrero de 1904. *Gaceta Judicial Serie 2* No. 91, p. 728.

<sup>24</sup> Santamaría demandó a Mora la terminación del contrato de arrendamiento de un local con indemnización de perjuicios por la desocupación del inmueble antes del vencimiento del plazo. El demandado se allanó a la terminación y la controversia se limitó a la indemnización de perjuicios. La CSJ niega el recurso de tercera instancia ya que el Art. 366 del Código de Procedimiento Civil de la época prescribía que no hay tercera instancia de las causas que no superen los seis mil sucres si en lo principal fueren confirmatorias de los de primera instancia. A consideración de la CSJ, dado que el demandado se allanó sobre la terminación que era lo principal, no procedía tercera instancia sobre los perjuicios ya que es accesoria de la terminación. La CSJ extrapola el supuesto carácter de accesoriidad al punto que no

1970<sup>29</sup>, 1978<sup>30</sup>, 1979<sup>31</sup>, 1984<sup>32</sup>, 1999<sup>33</sup>, 2001<sup>34</sup>, 2001<sup>35</sup>, 2007<sup>36</sup>, 2010<sup>37</sup> y 2011<sup>38</sup> se ha utilizado esta tesis para declarar la improcedencia de la autonomía de la acción indemnizatoria en los contratos bilaterales. Es debido a que la CSJ y la CNJ durante más de un siglo sin mayor consideración han negado la autonomía de la acción indemnizatoria, que se puede afirmar categóricamente que ha existido una negación perpetua y sistemática en Ecuador.

---

pudo existir recurso de tercera instancia sobre la indemnización de perjuicios. Es por este absurdo que existió un voto salvado. (Vid. CSJ. *Santamaría c. Mora*. Sentencia de 6 de febrero de 1943. Gaceta Judicial Serie 6 No. 11, p. 264).

<sup>25</sup> Kornetz demandó a Armando Villacrés la indemnización de perjuicios por incumplimiento a la obligación de conferir fianza bancaria como garantía del pago del precio en una compraventa mercantil de 540 latas de manteca de cerdo. Pese a que no se trataba de una obligación de dar, la CSJ manifestó que “[e]l comprador debía dar carta de fianza bancaria, y al no hacerlo el vendedor pudo pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, o en uno o en otro caso con indemnización de perjuicios de acuerdo con la norma general contenida en el art. 1479 del Código Civil, ley que permite el reclamo de indemnización como derecho accesorio derivado de una de las dos acciones principales enunciadas”. (CSJ. *Kornetz c. Villacrés*. Sentencia de 6 de mayo de 1948. Gaceta Judicial Serie 7 No. 6, p. 601).

<sup>26</sup> Vid. CSJ. *Vásquez Gómez c. Izquierdo*. Sentencia de 25 de julio de 1951. Gaceta Judicial Serie 7 No. 13, p. 1523.

<sup>27</sup> Vid. CSJ. *Egas c. Landeta*. Sentencia de 13 de febrero de 1953. Gaceta Judicial Serie 8 No. 5, p. 450.

<sup>28</sup> Vid. CSJ. *Alvarez Saá c. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 1962. Gaceta Judicial Serie 9 No. 15, p. 1711.

<sup>29</sup> Vid. Caso *Muñoz López c. Dávila Molina* en el que en una compraventa de una camioneta, el comprador Muñoz López demandó a Dávila Molina la indemnización por incumplimiento a la obligación de dar puesto que se trataba de una venta mercantil de cosa ajena que impone al vendedor la obligación de adquirir el dominio de la cosa ajena. Pese al tenor del Art. 169 del Código de Comercio, la CSJ concluyó que es “esta indemnización una consecuencia de la aceptación de la acción [...] sin que, por lo mismo, sea procedente la demanda de indemnización de daños y perjuicios como acción principal e independiente de la subsistencia e insubsistencia, del cumplimiento o incumplimiento del contrato de compraventa”. (CSJ. *Muñoz López c. Dávila Molina*. Sentencia de 3 de marzo de 1970. Gaceta Judicial Serie 11 No. 8, p. 1143).

<sup>30</sup> Torres Maldonado demanda la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de arrendamiento de la quinta greycita ya que los arrendadores botaron a la vía pública los bienes muebles del demandante y no le permitieron sacar las plantas cultivadas. Vid. CSJ. Tercera Sala. *Torres Maldonado c. González Salvador*. Sentencia de 15 de diciembre de 1978. Gaceta Judicial Serie 13 No. 5, p. 1008.

<sup>31</sup> Vid. CSJ. *Reyes Navas c. Aztra*. Sentencia de 12 de noviembre de 1979. Gaceta Judicial Serie 13 No. 7, p. 1489. Vid. *Infra* nota 44.

<sup>32</sup> Vid. CSJ. *Torres Chavarría c. Guevara Sarzosa*. Sentencia de 18 de julio de 1984. Gaceta Judicial Serie XIV No. 7, p. 1660.

<sup>33</sup> Vid. CSJ. *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*. Sentencia de 30 de junio de 1999. Gaceta Judicial Serie 17 No. 1, p. 137. Vid. *Infra* nota 47.

<sup>34</sup> Vid. CSJ. *Checa Jácome c. Electro Ecuatoriana*. Sentencia de 30 de enero de 2001. Registro Oficial 355 de 26 de junio de 2001. Vid. *Infra* nota 46.

<sup>35</sup> Vid. CSJ. *Maxitrans c. Austrogas*. Sentencia de 27 de julio de 2001. Gaceta Judicial Serie 17 No. 6, p. 1597. Vid. *Infra* nota 74.

<sup>36</sup> Vid. CNJ. *Teleholding c. Pacifictel*. Sentencia de 14 de junio de 2007. Registro Oficial Suplemento 170 de 13 de abril de 2010. Vid. *Infra* nota 75.

<sup>37</sup> Vid. CNJ. *Valencia & Asociados c. Leo Burnett Colombiana y Leo Burnett Internacional*. Sentencia de 26 de julio de 2010. Registro Oficial Edición Especial 19 de 9 de julio de 2013. Vid. *Infra* nota 76.

<sup>38</sup> Vid. CNJ. *Velasco Becerra c. Andrade Morillo*. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Registro Oficial Edición Especial 409 de 12 de marzo de 2013. Vid. *Infra* 77.

Esta postura también se hace patente en laudos arbitrales. En el laudo 002-02 de la Amcham, el Tribunal manifestó que “como en la demanda de este proceso directamente se reclama el pago de daños y perjuicios, sin antes demandar la declaratoria de resolución del contrato, la acción se torna improcedente”.<sup>39</sup> En otro laudo del mismo centro se establece que “principio fundamental en materia contractual, en el derecho ecuatoriano, es el de que no puede exigirse la indemnización de daños [...] si es que no se plantea, como pretensión principal la de que se ordene el cumplimiento o la resolución”.<sup>40</sup>

Así, la doctrina, jurisprudencia y laudos arbitrales han sostenido irreflexivamente por más de un siglo la tesis de la accesoriedad de la acción indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral en el Ecuador. Es por esta razón que es necesario una revisión de los argumentos que la justifican.

Cabe recalcar que en Chile esta tesis se ha sostenido únicamente por la mora en el cumplimiento de la obligación de dar.<sup>41</sup> Así lo aclara Daniel Peñailillo quien manifiesta que de la condición resolutoria tácita se desprende que la indemnización de perjuicios:

es dependiente de las acciones principales de cumplimiento o resolución, de modo que no puede pedirse sola. Pero, teniendo presente otros dos preceptos, se concluye que su aparente amplitud queda reducida al campo de las obligaciones de dar. En efecto, debe distinguirse entre obligaciones de dar, hacer y no hacer. Para las de dar, rige lo dicho, en base al art. 1489. Para las de hacer se dispone del art. 1553, que confiere alternativas al acreedor y una de ellas es la de simplemente demandar indemnización (sola). Y para las de no hacer rige el art. 1555, con posibilidad semejante.<sup>42</sup>

En Ecuador, pese a que los Arts. 1569 y 1571 permiten la autonomía indemnizatoria en las obligaciones de hacer y de no hacer, la tesis de la accesoriedad se ha venido aplicando independientemente del objeto de la obligación. Se pueden encontrar casos en que se declara la improcedencia de la acción de indemnización autónoma tratándose del incumplimiento de obligaciones de dar un cuerpo cierto<sup>43</sup>, de dar dinerarias<sup>44</sup> y de hacer

---

<sup>39</sup> Centro de Arbitraje y Mediación de la Amcham. Laudo 002-02. Gaceta Arbitral 1 de 2013.

<sup>40</sup> Centro de Arbitraje y Mediación de la Amcham. Laudo 003-03. Gaceta Arbitral 1 de 2013.

<sup>41</sup> Vid. René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 125.

<sup>42</sup> Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. Reimpresión 1ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017, p. 434.

<sup>43</sup> Vid. Caso *Muñoz López c. Dávila Molina*. *Supra* nota 29.

<sup>44</sup> Vid. Caso *Reyes Navas c. Aztra*. Reyes Navas demandó indemnización de perjuicios por el incumplimiento del pago de un contrato de transporte de combustible. Se demanda el precio como indemnización compensatoria y no como cumplimiento específico. La CSJ consideró que “la reparación de los daños causados por incumplimiento de contrato, o sea el pago de daños y perjuicios, no puede demandarse independientemente, sino conjuntamente con las acciones atinentes al contrato, ya sea para que éste quede sin efecto, ya para exigir su cumplimiento”. (CSJ. *Reyes Navas c. Aztra*. Sentencia de 12

como la promesa de conferir fianza bancaria<sup>45</sup>, la entrega e instalación de un ascensor<sup>46</sup> o la entrega tardía de unos departamentos.<sup>47</sup>

## **B. Argumentos de la tesis de la acción accesoria**

### **1. Interpretación gramatical del Art. 1505 del CC**

El argumento más utilizado para negar la autonomía del resarcimiento de perjuicios es la interpretación gramatical del Art. 1505. Según esta tesis, una interpretación literal permite afirmar que la indemnización de perjuicios es accesoria de la acción resolutoria o de cumplimiento de contrato. El Art. 1505 prescribe que frente al incumplimiento “podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, *con indemnización de perjuicios* [énfasis añadido]”.<sup>48</sup>

La primera regla de interpretación de la ley del Art. 18 del CC prescribe que “[c]uando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”.<sup>49</sup> La preposición ‘con’ implica según el diccionario de la Real Academia Española “juntamente y en compañía”.<sup>50</sup> En consecuencia, el contratante

---

de noviembre de 1979. Gaceta Judicial Serie 13 No. 7, p. 1489). Sin embargo, dado que en la obligación de dar dineraria no hay indemnización compensatoria y que el actor solicita el valor de la prestación, consideramos que en realidad el actor está solicitando un cumplimiento *in natura* al menos en cuanto al pago de las planillas se refiere. La CSJ por el *iura novit curia* aun con la tesis de la accesoriedad debía ordenar el cumplimiento *in natura* sin que aquello incurra en un vicio de congruencia pues está dentro de lo solicitado en la demanda.

<sup>45</sup> Vid. Caso *Kornetz c. Villacrés*. *Supra* nota 25.

<sup>46</sup> Vid. Caso *Checa Jácome c. Electro Ecuatoriana*. Checa Jácome interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Corte Superior que desechó su demanda por el resarcimiento por el incumplimiento de la obligación de entrega e instalación de un ascensor. Pese a que era una obligación de hacer, la CSJ consideró que “la reparación de los daños causados por incumplimiento de contrato, esto es el pago de daños y perjuicios, no puede demandarse en forma independiente, como se lo hace en la especie, sino conjuntamente con las acciones propias del contrato, o sea para que éste quede sin efecto o bien para exigir su cumplimiento”. (CSJ. *Checa Jácome c. Electro Ecuatoriana*. Sentencia de 30 de enero de 2001. Registro Oficial 355 de 26 de junio de 2001).

<sup>47</sup> Vid. Caso *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*. López y Jaramillo demandaron al Arq. Carvajal la indemnización de perjuicios por el cumplimiento tardío de la entrega de unos departamentos sobre la base de un contrato de asociación para la construcción. En casación, la CSJ manifestó que no consta en el proceso la fecha en la que los departamentos fueron entregados como para que el demandado esté en mora y que, dado que consta que los actores vendieron dos de los departamentos, la entrega tuvo que haber sido bien dentro del plazo establecido en el contrato o fuera de este plazo en cuyo caso “la entrega, implicaría la aceptación tácita de un nuevo plazo”. En cuanto a la autonomía indemnizatoria, pese a que era una obligación de hacer, la CSJ manifiesta que se trata de un contrato bilateral inmerso en la condición resolutoria tácita y que por tanto los daños y perjuicios no son independientes del cumplimiento o la resolución del contrato. (CSJ. *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*. Sentencia de 30 de junio de 1999. Gaceta Judicial Serie 17 No. 1, p. 137).

<sup>48</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>49</sup> CC. Art. 18. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>50</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 20/03/2018).

cumplido frente al incumplimiento de su deudor podrá pedir o la resolución o el cumplimiento, juntamente y en compañía de la indemnización de perjuicios.

Es por esta razón que esta tesis se basa en una interpretación gramatical y en el sentido natural y obvio de las palabras.<sup>51</sup> Ya que es “evidente que la preposición ‘con’ significa ‘conjuntamente’ o ‘junto a’, [...] siguiendo esta interpretación, la indemnización de perjuicios sólo procedería en la medida que el acreedor demandara conjuntamente el cumplimiento forzado o resolución del contrato”.<sup>52</sup> Así, en el caso *Reyes Navas c. Aztra* la CSJ estableció:

Mas, para el planteamiento de la acción de indemnización de perjuicios se requiere que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios", se declaren mediante sentencia judicial, por tratarse de la condición resolutoria tácita.<sup>53</sup>

Esta interpretación toma mayor fuerza atendida la conjunción disyuntiva ‘o’ presente en la norma y que implica alternativa.<sup>54</sup> El Art. 1505 prescribe que el contratante podrá pedir “o la resolución o el cumplimiento del contrato”.<sup>55</sup> En consecuencia, el acreedor una vez acaecido el incumplimiento, tendría dos alternativas entre las que no consta la indemnización autónoma.

Este acento en la conjunción disyuntiva se puede apreciar, por ejemplo, en el caso *Torres Maldonado c. González Salvador* que estableció que para deducir la indemnización el actor “debió hacerlo conjuntamente sea con la acción de resolución o con la de cumplimiento del contrato, más en ningún caso de manera independiente, pues éstas son las acciones establecidas por la Ley”.<sup>56</sup>

En definitiva, sea mediante la definición de la preposición ‘con’ o mediante la conjunción disyuntiva ‘o’, la interpretación gramatical del Art. 1505 ha sido el patógeno que ha provocado el reinado interminable de la tesis de la accesoriedad de la

---

<sup>51</sup> Cfr. Patricia López Díaz. “La indemnización compensatoria por incumplimiento...”. *Óp. cit.*, p. 73.

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> *Vid. Supra* nota 44. Asimismo, la CSJ en el caso *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau* manifestó que es requerimiento que “previamente la resolución o el cumplimiento del contrato "con indemnización de perjuicios" sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita”. *Vid. Supra* nota 47.

<sup>54</sup> Precisamente esta conjunción disyuntiva es típica de las obligaciones alternativas. (*Vid. Luis Parraguez Ruiz. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 306).

<sup>55</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>56</sup> *Vid. Supra* nota 30. Asimismo, en el caso *Kornetz c. Villacrés* la CSJ manifestó que “el vendedor pudo pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, o en uno o en otro caso con indemnización de perjuicios de acuerdo [sic] con la norma general contenida en el art. 1479 del Código Civil, ley que permite el reclamo de indemnización como derecho accesorio derivado de una de las dos acciones principales enunciadas”. *Vid. Supra* nota 25.

indemnización de perjuicios en el Ecuador. Ha constituido, por más de un siglo, el arma para declarar improcedente la autonomía indemnizatoria sin mayor análisis ya que estando claro que la indemnización de perjuicios es accesoria según la condición resolutoria tácita, mal podría consultarse el espíritu de la norma.

## 2. La naturaleza jurídica de la condición resolutoria tácita

Otro argumento propuesto por la tesis de la accesoriidad es que la condición resolutoria tácita se trata de una verdadera condición. El CC, en apego al Art. 1184 del *Code*, concibe a la facultad de exigir la resolución o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios como una condición.<sup>57</sup> El Art. 1505 prescribe que en los contratos bilaterales “va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado [...]”.<sup>58</sup> Por lo que la ley incorpora en todo contrato bilateral, tácitamente sin necesidad de estipulación, una condición resolutoria.

En la Teoría General de las Obligaciones, la condición ha sido definida como “un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho y, consecuentemente, de la obligación que le es correlativa”.<sup>59</sup> Por su parte, el Art. 1489 del CC prescribe que “[e]s obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no”.<sup>60</sup> Bien sea de la definición doctrinaria o de la legal, en toda obligación condicional existe futureidad, incertidumbre y dependencia.<sup>61</sup>

Precisamente, el legislador consideró que se trataba de una condición pues, a su criterio, cumplía sus elementos. En general, esto se debe a que el incumplimiento es visto como un hecho que al momento de la contratación es futuro e incierto. Una vez acaecido el incumplimiento, el acreedor que ha cumplido o que esté allanado a cumplir, puede pedir la resolución o el cumplimiento, con indemnización de perjuicios.

Su naturaleza de condición resolutoria se explica en parte por su historia. Pese a que parezca anacrónica, la historia revela que la condición resolutoria tácita “no es de

---

<sup>57</sup> Vid. Enrique Barros Bourie. “La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones barros”. *Contratos*. Enrique Barros Bourie (Coord.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 174.

<sup>58</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>59</sup> Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 143.

<sup>60</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>61</sup> Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, pp. 145-151.

hechura romántica”.<sup>62</sup> El Derecho Romano únicamente concebía el cumplimiento del contrato y por excepción para el caso específico de la compraventa había la *lex commissoria* que debía ser estipulada.<sup>63</sup> Propiamente la idea de una condición resolutoria tácita surge con la influencia del Derecho Canónico dado que a la iglesia le interesaba el juramento y la palabra empeñada.<sup>64</sup> Para los canonistas “se entendía que el juramento regía solo en la medida en que la otra parte cumpliera con su obligación. Si la contraparte no cumplía, el contratante diligente podía [...] solicitar se declarara judicialmente que el juramento y, por ende, la obligación no habían jamás existido”.<sup>65</sup>

Posteriormente, esta anacrónica manera de entender a la condición resolutoria tácita se plasma en el Art. 1184 del *Code* ubicado en la Sección I de las obligaciones condicionales.<sup>66</sup> Cuando Andrés Bello introdujo esta figura en su Proyecto de 1853 lo estableció de manera similar al Art. 1184 del *Code*.<sup>67</sup> Finalmente, cuando en Ecuador la CSJ en 1857 adoptó sin beneficio de inventario el CCCh, acogió también esta anacrónica manera de entender la condición resolutoria tácita.

El problema es que esta concepción ha contribuido a solidificar en el foro una noción de accesoriedad de la indemnización de perjuicios frente a las otras acciones. Quizá por esta concepción, la CSJ en el caso *Santamaría c. Mora* considere a la

---

<sup>62</sup> *Id.*, p. 201. En igual sentido, Claro Solar manifiesta que “esta condición resolutoria tácita no es de origen romano. [...] El Derecho romano no admitía la resolución tácita del contrato como consecuencia del incumplimiento. Así, en la compraventa, el vendedor no podía pedir la resolución del contrato por la falta de pago del precio: [...] el Derecho romano había dejado al vendedor la facultad de estipular, por un pacto especial, que podría recuperar la cosa sino se le pagaba el precio dentro de cierto tiempo. Era este el pacto comisorio [...]”. (Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, pp. 158-159).

<sup>63</sup> *Cfr.* Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. *Óp. cit.*, p. 394.

<sup>64</sup> *Vid.* Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, p. 160. Un claro ejemplo de cómo a la iglesia le interesaba la palabra empeñada es que en el Derecho canónico los contratos innominados comienzan a ser dotados de mayor fuerza vinculante, cuestión negada por el Derecho Romano en el que existía un sistema típico de contratos. (*Vid.* Antonio Manuel Morales Moreno. *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 25).

<sup>65</sup> Enrique Barros Bourie. “La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones barros”. *Óp. cit.*, p. 173.

<sup>66</sup> El Art. 1184 del *Code* rezaba “la condición resolutoria se sobreentenderá siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las dos partes no cumpla su obligación. En ese caso, el contrato no se resolverá de pleno derecho. La parte con respecto a la cual no se hubiera cumplido la obligación, podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios. La resolución deberá ser demandada judicialmente, y podrá ser concedido al demandado un plazo según las circunstancias”. (*Code*. Art. 1184. 21 de marzo de 1804).

<sup>67</sup> El Art. 1665 del Proyecto de 1853 establecía que “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, o, si no fuere ya posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios”. (Andrés Bello. *Obras completas de Don Andrés Bello*. Volumen XII. Santiago de Chile: Pedro Ramírez, 1888, p. 394).



indemnización de perjuicios como un *efecto* de la resolución al mismo nivel que las prestaciones mutuas.<sup>68</sup>

En toda condición existen efectos jurídicos que se despliegan una vez verificado el hecho futuro e incierto. El efecto de la condición resolutoria ordinaria es que una vez verificado, instantáneamente se extingue un derecho.<sup>69</sup> Distinto sucede con la condición resolutoria tácita en la que el efecto es que “el contratante diligente, víctima del incumplimiento, puede escoger libremente, “a su arbitrio”, las acciones que otorga el inc. 2 del art. 1489”.<sup>70</sup>

En consecuencia, el efecto de la condición resolutoria tácita es la posibilidad de solicitar al juez o la resolución o el cumplimiento del contrato con una indemnización de perjuicios accesoria. Ciertamente esta concepción niega la autonomía indemnizatoria cuando se combina a la interpretación gramatical del Art. 1505 del CC. Si el efecto de la condición resolutoria tácita es otorgar al contratante cumplido la facultad de pedir al juez lo que la norma prescribe, el que la indemnización se demande sola estaría fuera del efecto de la condición resolutoria tácita una vez acaecido el incumplimiento y de la literalidad de la norma.

Este argumento ha sido invocado en múltiples decisiones en la jurisprudencia ecuatoriana. Por ejemplo, puede observarse en las decisiones de la CSJ y de CNJ los casos *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*<sup>71</sup>, *Torres Maldonado c. González Salvador*<sup>72</sup>, *Reyes Navas c. Aztra*<sup>73</sup>, *Maxitrans c. Austrogas*<sup>74</sup>, *Teleholding c.*

---

<sup>68</sup> Según la CSJ, “cuando se trata de los efectos jurídicos de la resolución de un contrato que se traducen en prestaciones mutuas y en indemnizaciones de perjuicios, es evidente que éstos no son materia de la acción principal sino algo accesorio a ella, porque etimológica y jurídicamente accesorio es todo lo que se adjunta e incorpora en el texto de la demanda, para que sea resuelto en el fallo definitivo [...]”. *Vid. Supra* nota 24.

<sup>69</sup> CC. Art. 1495. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>70</sup> Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil...* *Óp. cit.*, p. 42.

<sup>71</sup> Según la CSJ “el contrato suscrito entre actores y demandado es un contrato bilateral, pues contiene obligaciones mutuas que deben cumplir los contratantes, por lo que esta inmerso en el Art. 1532 citado, que obliga al contratante, que por su parte ha cumplido con su obligación contractual, a pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”. *Vid. Supra* nota 47.

<sup>72</sup> Según la CSJ “el contrato de arrendamiento [...] es un contrato bilateral o sinalagmático, porque los contratantes, en el momento de su formación, se obligan recíprocamente, de manera que para el reclamo del pago de daños y perjuicios se debe estar a lo dispuesto en el Art. 1532 del Código Civil [...] y en este caso según la disposición citada, pudo el demandante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, y en cualquier de estos casos con indemnización de perjuicios”. *Vid. Supra* nota 30.

<sup>73</sup> *Vid. Supra* nota 44.

<sup>74</sup> Maxitrans demandó a Austrogas la indemnización de perjuicios por la supuesta terminación unilateral de un contrato de transporte de gas licuado. Tras desecharse la demanda en las primeras dos instancias, el

*Pacifictel*<sup>75</sup>, *Valencia & Asociados c. Burnett Colombiana y Burnett Internacional*<sup>76</sup> y *Velasco c. Andrade Morillo*.<sup>77</sup>

### **3. La causa de la indemnización es la acción resolutoria o de cumplimiento del contrato**

Según la tesis de la acción accesoria, el antecedente necesario para la indemnización de perjuicios son las acciones principales de resolución o cumplimiento específico. De esta manera, el incumplimiento imputable se consolidaría como la causa de la acción

---

actor interpone recurso de casación. La CSJ rechaza el recurso de casación y expresó que “el contrato de Transporte de Gas Licuado fundamento de la demanda es un contrato bilateral, en razón de que los contratantes, en el momento de su suscripción, se obligaron recíprocamente, y por tanto, lleva “envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado” [...] puede la parte actora ante el incumplimiento de los demandados, pedir en su demanda, como ya se dijo, o la resolución o el cumplimiento del contrato, casos en los que procede la indemnización de perjuicios. Siendo improcedente la demanda en la forma como fue deducida”. (CSJ. *Maxitrans c. Austrogas*. Sentencia de 27 de julio de 2001. Gaceta Judicial Serie 17 No. 6, p. 1597).

<sup>75</sup> Teleholding demandó a a Pacifictel el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios para la promoción, operación, mantenimiento y cobranza del servicio de alquiler de circuitos para transmisión de datos. Teleholding también demandó la indemnización por el incumplimiento al contrato modificatorio del anterior que era el principal. Ambos contratos fueron originalmente celebrados entre Teleholding y Emetel. Sin embargo, tras la escisión de Emetel en Andinatel y Pacifictel, hubo una cesión de la posición contractual de Emetel a Pacifictel del contrato principal y modificatorio. Tras haberse desechado la demanda en las dos instancias bajo la consideración que para acceder al resarcimiento, el actor debía demandar el cumplimiento o la resolución de conformidad a la condición resolutoria tácita. El actor interpuso recurso de casación alegando que dado que el contrato era de tracto sucesivo hubo una aplicación indebida del Art. 1505 que es aplicable a los contratos de ejecución instantánea. La CNJ manifestó que los contratos de tracto sucesivo “son también contratos bilaterales, en los que va envuelta la condición resolutoria tácita prevista en el Art. 1505 de la codificación vigente del Código Civil en virtud de la cual el contratante cumplido podrá pedir del otro, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”. (CNJ. *Teleholding c. Pacifictel*. Sentencia de 14 de junio de 2007. Registro Oficial Suplemento 170 de 13 de abril de 2010).

<sup>76</sup> Valencia & Asociados demanda a Burnett Colombiana y Burnett Internacional autónomamente la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato. La sentencia de primera instancia acepta la demanda. Empero, la sentencia de segunda instancia revoca la sentencia de primera instancia, aceptando la apelación del demandado bajo el argumento que el actor debía demandar el cumplimiento o la resolución del contrato. Valencia interpone recurso de casación alegando la aplicación indebida del Art. 1505. La CNJ no casa la sentencia bajo la consideración que “en la especie, si el convenio materia de la demanda es un contrato bilateral, que establece prestaciones mutuas, como bien lo ha señalado el Tribunal de instancia, siendo por tanto aplicable la norma del Art. 1505 del Código Civil, en el sentido de que en esta clase de contratos se debe demandar su resolución o su cumplimiento y subsidiariamente la indemnización de daños y perjuicios”. (CNJ. *Valencia & Asociados c. Leo Burnett Colombiana y Leo Burnett Internacional*. Sentencia de 26 de julio de 2010. Registro Oficial Edición Especial 19 de 9 de julio de 2013).

<sup>77</sup> Velasco Becerra demanda al médico Andrade Morillo la indemnización de perjuicios por el cumplimiento imperfecto de la operación quirúrgica de mamoplastia. Según la CNJ, “el Art. 1505 del Código Civil contiene la institución conocida como “condición resolutoria tácita” [...] esta norma ha sido correctamente aplicada por el Tribunal ad quem, porque no es posible demandar indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, si no se pide también la resolución o el cumplimiento del contrato”. (CNJ. *Velasco Becerra c. Andrade Morillo*. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Registro Oficial Edición Especial 409 de 12 de marzo de 2013).

resolutoria o de cumplimiento y, a su vez, estas acciones serían la causa de los perjuicios.

El argumento se basa en la consideración de que existe una especie de relación entre la indemnización y la resolución o cumplimiento “circunstancia que explicaría que sólo pueda demandarse la indemnización en la medida que se solicite, previa o simultáneamente, la resolución o el cumplimiento específico”.<sup>78</sup> Bajo este argumento la acción resolutoria o de cumplimiento constituyen las acciones principales del contrato, mientras que la indemnización es una pretensión accesoria derivada de las acciones principales.

En los países con códigos civiles fieles a Bello este argumento ha sido bastante utilizado. En Colombia, Jorge Suescún Melo establece que si bien el Código Mercantil admite la autonomía indemnizatoria en el Art. 925, en ciertos casos respecto de contratos civiles la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha sostenido que es necesario acompañar el cumplimiento o la resolución a la indemnización de perjuicios pues de lo contrario esta carecería del antecedente jurídico esencial o de causa efectiva.<sup>79</sup>

En Ecuador este argumento ha aparecido desde 1904 bajo la consideración que el resarcimiento “es consecuencia de haberse vencido al vendedor en cualquiera de las dos acciones concedidas por el propio artículo”.<sup>80</sup> Similar criterio fue utilizado en el caso *Alvarez Saá c. Ecuador* en el que la CSJ recalcó que “estas son las acciones que franquea la ley contra la parte que no cumple con lo pactado, siendo la indemnización de perjuicios una consecuencia de la admisión de cualquiera de ellas”.<sup>81</sup> Por consiguiente, con base en este argumento la indemnización no solo debe pedirse junto a las otras acciones, sino que es dependiente de que prospere la pretensión resolutoria o de cumplimiento en el proceso.

---

<sup>78</sup> Patricia López Díaz. *La autonomía de la indemnización de daños... Óp. cit.*, p. 43.

<sup>79</sup> Jorge Suescún Melo. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Colombia: Legis, 2003, pp. 56-57. En Chile, Raúl Díez Duarte establece que los “perjuicios que indica el artículo 1489 del Código Civil, no pueden pedirse como consecuencia del simple incumplimiento del contrato bilateral, porque tales perjuicios no son accesorios del incumplimiento, sino de la acción resolutoria o de cumplimiento”. (Raúl Díez Duarte. *La Compraventa*. 2da. ed. Santiago de Chile: El Jurista, 2012, p. 503).

<sup>80</sup> *Vid. Supra* nota 23.

<sup>81</sup> CSJ. *Alvarez Saá c. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 1962. Gaceta Judicial Serie 9 No. 15, p. 1714.

Es destacable un informe de experto de Luis Parraguez en un reconocido arbitraje. Tras un siglo en que la doctrina interpretó que los perjuicios debían ser demandados con el cumplimiento o la resolución del contrato, se admite que no es necesario demandarlo de manera simultánea a la resolución o al cumplimiento. Según Parraguez, el Art. 1505 no implica que la indemnización deba proponerse en la misma demanda pues la norma establece que el contratante ‘podrá’ lo que implica que es facultativa. Así, el contratante no pierde el derecho a la indemnización por no haberla hecho valer en la primera demanda. Lo que exige el Art. 1505 es que se demande el cumplimiento o la resolución, cuestión que pudo haber ocurrido en un proceso anterior. En consecuencia, según Parraguez, obtenida la sentencia el contratante vencedor puede demandar posteriormente la indemnización sin que nada en la ley se lo impida.<sup>82</sup>

Pese a que sin duda esta opinión constituya un avance hacia la autonomía resarcitoria, esta todavía no le otorga independencia completa. En cierta forma demuestra cierto aire del argumento de causalidad pues si bien establece que no es necesario que se demande de manera *simultánea*, sí es necesario demandar la indemnización de manera *posterior* una vez que el contratante venció en las otras acciones.

#### **4. Existe una jerarquía hacia el cumplimiento *in natura***

Hasta el momento se ha expuesto los fundamentos de la tesis de la acción accesoria independientemente de si se exige una indemnización compensatoria o moratoria. Tratándose de la indemnización compensatoria, se argumenta adicionalmente que el acreedor solo puede demandar directamente esta cuando no es posible el cumplimiento del contrato.<sup>83</sup> Se sostiene que dentro del CC existe una jerarquía de remedios entre los que prima el cumplimiento específico tanto sobre la resolución como sobre la indemnización compensatoria.<sup>84</sup> De manera que incumplido el contrato, el acreedor “lo

---

<sup>82</sup> Informe de experto bajo confidencialidad. Otro caso de arbitraje en el que se encuentra el argumento de la causalidad es el laudo 002-02 manifiesta que para el reclamo de los perjuicios “se exige que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato “con indemnización de perjuicios” se declare en sentencia”. *Vid. Supra* nota 39.

<sup>83</sup> *Vid.* Patricia López Díaz. “La indemnización compensatoria por incumplimiento...”. *Óp. cit.*, p. 79.

<sup>84</sup> Respecto de la primacía del cumplimiento específico sobre la resolución del contrato en el CC, se sostiene que el comprador puede enervar la acción resolutoria sea que exista pacto comisorio calificado (Art. 1819 del CC), pacto comisorio simple o por la condición resolutoria tácita (Art. 1813 del CC). Pese a que el CC permite el enervamiento para la falta en el pago del precio en la compraventa, la doctrina ha extendido esta posibilidad. Así, Claro Solar manifiesta que “en la condición resolutoria tácita en la cual es la equidad la que domina antes que el rigor de los principios, no puede haber duda alguna de que el

primero y más natural es que demande el cumplimiento de esta obligación que exija el pago”.<sup>85</sup>

En nuestra opinión, propiamente este es un problema jurídico distinto al de la autonomía indemnizatoria. Una cosa es si procede la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento de un contrato bilateral y otra si puede demandarse directamente el valor de la prestación o su menor valor como indemnización compensatoria cuando es todavía posible el cumplimiento *in natura*. Sin embargo, tratamos este problema dado que cuando se demanda el resarcimiento de perjuicios autónomamente, en considerables casos le interesará al acreedor demandar la indemnización compensatoria directamente. De igual manera estudiamos el problema ya que la doctrina “desde antiguo ha sostenido la preeminencia del cumplimiento forzado sobre la indemnización de perjuicios, otorgándole a esta última un carácter secundario, que justificaría su carácter complementario y concurrente”.<sup>86</sup>

La supuesta primacía del cumplimiento específico sobre la indemnización compensatoria se verificaría únicamente con relación a la mora en el cumplimiento de la obligación de dar. Las obligaciones de hacer y de no hacer se sujetan a los Arts. 1569 y 1571 que aparentemente constituyen normas de excepción y que permiten optar directamente por la indemnización compensatoria<sup>87</sup>, mientras que a criterio de la tesis de que sostiene que existe una primacía del cumplimiento específico, no existiría una norma que lo habilite en la obligación de dar.

Este carácter de la indemnización compensatoria como medio de tutela secundario se basa en el *pacta sunt servanda*. Por una parte, se manifiesta que otorgar un campo

---

demandado puede impedir la resolución y hacer subsistir el contrato, cumpliendo la obligación antes que la resolución haya sido pronunciada por sentencia firme e indemnizando al otro contratante los perjuicios de la mora”. (Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, p. 187). En similar sentido, *vid.* Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano...* *Óp. cit.*, p. 246. Claro Solar se muestra partidario de que prima el cumplimiento específico sobre la resolución pues si bien es cierto que el Art. 1505 convierte al acreedor en árbitro de elegir la resolución o el cumplimiento del contrato, “lógicamente, y en la generalidad de los casos naturalmente también, no se ha de recurrir a la resolución, cuando la ejecución del contrato es aún posible; pues los contratos se hacen para cumplirlos, no para resolverlos”. (Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, p. 178).

<sup>85</sup> Juan Larrea Holguin. *Derecho Civil del Ecuador*. 3ra. ed. Volumen VII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, p. 206.

<sup>86</sup> Patricia López Díaz. “La indemnización compensatoria por incumplimiento...”. *Óp. cit.*, pp. 79-80.

<sup>87</sup> *Vid.* Sergio Gatica Pacheco. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959, p. 31. De igual manera, Arturo Alessandri Rodríguez. *Teoría de la obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 76. En igual sentido, Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. Reimpresión 1ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017, p. 434.

grande a la indemnización “afecta en cierta medida al carácter jurídicamente debido de la obligación. [...] Negar al acreedor la posibilidad de exigir judicialmente su derecho significaría que la fuerza vinculante de las obligaciones y de los contratos sólo sería teórica”.<sup>88</sup> Por otra parte, si el contrato es ley para las partes, implica que este debe ser cumplido oportuna e íntegramente. Si se le diese al acreedor la posibilidad que, en lugar de exigir la cosa debida, exija directamente el valor de la prestación mediante la indemnización compensatoria, se ha considerado que toda obligación de dar sería alternativa. Así, Alessandri establece que el acreedor no puede optar indistintamente por la indemnización compensatoria pues:

De no aceptarse esta teoría, tendríamos que llegar a la conclusión de que las obligaciones son alternativas y que el acreedor puede exigir o la entrega de la cosa debida o la indemnización de perjuicios, y sabemos que la regla general en el Derecho, que el tipo normal de obligación es que ella sea pura y simple, que no haya anomalías.<sup>89</sup>

En la misma línea, se ha argumentado sobre la base del principio de identidad en el pago que implica que “el acreedor no está obligado a aceptar una prestación diferente, ni el deudor puede tampoco ser forzado a darla”.<sup>90</sup> Si en toda obligación de dar se permitiese que el acreedor exija el valor de la prestación mediante la indemnización compensatoria, el principio de identidad en el pago se vería afectado pues se forzaría al deudor a pagar un cumplimiento equivalente, pero distinto de lo pactado.

Otra de las razones expuestas para negar su procedencia directa es que las normas que permiten la autonomía del resarcimiento de perjuicios constituyen normas de excepción. Gatica sostuvo que si la indemnización compensatoria no sería subsidiaria, los Arts. 1569 y 1571 que lo permiten “serían innecesarias si no fueren de excepción”.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Rafel Verdera Server. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Real Colegio de España, 1995, pp. 102-103.

<sup>89</sup> Arturo Alessandri Rodríguez. *Teoría de las obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 76.

<sup>90</sup> René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 24.

<sup>91</sup> Sergio Gatica Pacheco. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. *Óp. cit.*, p. 31. Asimismo, Alessandri se pregunta “¿cómo se explicaría que la ley haya necesitado en casos especiales estar estableciendo reglas a este respecto? [...] en el caso de la cláusula penal fue necesario que la ley consignara un texto expreso que autorizara al acreedor para exigir o la pena o la obligación principal”. (Arturo Alessandri Rodríguez. *Teoría de las obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 77).

## IV. CAPÍTULO II: LA AUTONOMÍA DE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

### A. Interpretación gramatical

Del hecho que la condición resolutoria tácita prescriba ‘con indemnización de perjuicios’ no significa indefectiblemente que toda indemnización deba estar acompañada del cumplimiento o la resolución del contrato. La tesis de la accesoriedad del Art. 1505 del CC únicamente considera una de las acepciones de la expresión ‘con’. Si bien según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española esta expresión significa ‘juntamente y en compañía’, también significa ‘a pesar de’ pues esta es otra de sus múltiples acepciones.<sup>92</sup> Es por esta razón que según López Díaz si se considera que la norma utiliza la acepción ‘a pesar de’ “puede concluirse que la indemnización de daños reviste un carácter autónomo e independiente, toda vez que tal expresión equivale a “sin perjuicio” o “además de”.<sup>93</sup> Por lo que podría interpretarse gramaticalmente la norma de manera que el acreedor pueda pedir el cumplimiento o la resolución, ‘a pesar de’ la indemnización de perjuicios.<sup>94</sup>

Una interpretación del Art. 1505 en la forma indicada, permitiría entender que la indemnización de perjuicios es algo distinto e independiente. Es por ello que según López Díaz, los autores han interpretado “esta preposición en su *acepción literal más frecuente* y no en su acepción gramatical, [...] la preposición "con" admite al menos seis significaciones diversas”.<sup>95</sup>

Por nuestra parte, consideramos que es un tanto lejana la posibilidad de que el legislador haya utilizado la expresión en un sentido distinto a su sentido natural y obvio; no es sino una vez que se ha consultado el diccionario en que la otra acepción aparece. Entendemos nosotros que cuando el Art. 1505 manifiesta ‘con indemnización de perjuicios’ ha querido utilizar la significación ‘juntamente y en compañía’, sin embargo discutimos el alcance que por un siglo la jurisprudencia ecuatoriana le ha dado. Una

---

<sup>92</sup> Vid. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 08/06/2018).

<sup>93</sup> Patricia López Díaz. *La autonomía de la indemnización de daños...* *Óp. cit.*, p. 32.

<sup>94</sup> Redacción que en Ecuador está presente en el Art. 30 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que prescribe que “la mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor de bienes o servicios, permitirá al consumidor pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponder”. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Art. 30. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.

<sup>95</sup> *Id.*, p. 39.



lectura superficial de la norma considera que la indemnización de perjuicios es una acción accesoria y dependiente del cumplimiento o la resolución; nada más alejado de la realidad. A nuestro criterio el verdadero sentido del Art. 1505 es remarcar el carácter complementario que podría tener la indemnización de perjuicios.

El sentido del ‘con indemnización de perjuicios’ al final del Art. 1505, es dejar en claro que el resarcimiento se puede acumular a las acciones de resolución o cumplimiento. Es necesario comprender que la misma acción de indemnización de perjuicios existiría aun si el Art. 1505 nada hubiese dicho en referencia a ella.<sup>96</sup> El resarcimiento de perjuicios deriva del incumplimiento imputable que causa daños y en los efectos de las obligaciones se encuentra regulado. En consecuencia, el Art. 1505 no crea el derecho a la indemnización, ni mucho menos la convierte en accesoria y dependiente de otras acciones. Si el Art. 1505 *in fine*, muy someramente y al apuro, prescribe algo respecto de la indemnización de perjuicios, no es sino para recalcar que la acción indemnizatoria se puede acumular a la acción de resolución o de cumplimiento del contrato.

Precisamente dado que la indemnización de perjuicios existe con independencia de la condición resolutoria tácita es que su mención en el Art. 1505 es meramente ocasional para recalcar su posible acumulación. Como demostraremos más adelante, la indemnización de perjuicios existe desde el primer Proyecto de Bello de 1841-1845, mientras que la condición resolutoria tácita no aparece sino hasta el Proyecto de 1853. Esto revela que en la historia fidedigna del CC, la condición resolutoria tácita no crea el derecho a la indemnización, sino que el Art. 1505 la menciona de paso para resaltar que nada en la ley se opone a que se demande juntamente y en compañía a la resolución o al cumplimiento, cuestión que en el Proyecto de 1853 parecía dudoso y que ciertamente fue necesario recalcar.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Cfr. Claus Krebs Poulsen. “La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”. *Revista Chilena de Derecho* 26/4 (1999), p. 854.

<sup>97</sup> En el Proyecto de 1853 la indemnización de perjuicios parecía excluyente del cumplimiento o la resolución pues el Art. 1665 establecía que “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, o, si no fuere ya posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios”. (Andrés Bello. Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XII. *Óp. cit.*, p. 394). Por lo que, precisamente, cuando el proyecto inédito adopta la fórmula “con indemnización de perjuicios” no es sino para dejar en claro que la acción indemnizatoria se puede acumular puesto que la redacción en el proyecto de 1853 no parecía permitirlo. *Vid. Infra* § III.C.

El Art. 1505 no contiene una manera determinada y exacta de demandar pues manifiesta que ‘podrá [...] a su arbitrio’ no que deberá hacerlo exactamente así.<sup>98</sup> Más aun, la norma jamás prohíbe que se demande la indemnización sola. Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Chile manifestando:

Esta Corte Suprema ha reconocido la independencia y autonomía de las acciones indemnizatorias, sean estas moratorias o perentorias, las que cualquiera sea la naturaleza del objeto de la prestación, pueden impetrarse en forma exclusiva, desde el momento que el legislador ha establecido su procedencia y la forma más usual de interposición, pero no ha prohibido la que en mejor forma repare integralmente el daño derivado del incumplimiento.<sup>99</sup>

El Art. 1505 no prohíbe la autonomía indemnizatoria. En sentido contrario, el precepto reconoce que el incumplimiento de un contrato puede acarrear indemnización de perjuicios. Por consiguiente, la norma “no lo impone, sino tan solo lo permite, por lo que mal puede deducirse de la letra de tal precepto que, de no acumularse a una de estas dos acciones, la de daños y perjuicios, no podría ejercerse sola ni prosperar”.<sup>100</sup>

La tesis de la indemnización accesoria parte *ab initio* de un error metodológico al considerar que el Art. 1505 se trata de una norma imperativa.<sup>101</sup> Según esta tesis, la norma impone los mecanismos por los que el legislador consideró que el acreedor debe ejercer sus derechos frente al incumplimiento contractual. Sin embargo, la realidad es que su naturaleza no es otra que el de ser una ley permisiva. Las leyes permisivas son las que “tienen por objeto reconocer o conferir un derecho”<sup>102</sup> y, ciertamente, el Art.

---

<sup>98</sup> Carlos Pizarro Wilson. “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”. *Óp. cit.*, p. 311.

<sup>99</sup> Ampuero Ascencio celebró un contrato de honorarios por servicios profesionales de cuota litis con Castillo Hernández para que lo representará junto a otros cinco trabajadores en un juicio laboral contra su antiguo empleador. Ese proceso terminó en una conciliación en la que el empleador pagó una suma a los trabajadores y a su abogado. Sin embargo, el abogado Castillo Hernández repartió el dinero de forma unilateral y sin lógica pues a Ampuero Ascencio le correspondía más dinero que a sus compañeros puesto que trabajó más años y no fue repartido así. Es por esta razón que Ampuero Ascencio demandó autónomamente el daño emergente y el daño moral por el incumplimiento. Tras rechazarse en ambas instancias la demanda, el actor interpone recurso de casación. La Corte Suprema de Chile casa la sentencia y en sentencia de reemplazo sostiene la autonomía de la indemnización de perjuicios en el Art. 1489 del CCCh. La Corte concluye que el contrato celebrado se trataba en realidad de un contrato sujeto a las reglas del mandato civil, contrato que tiene un estatuto jurídico particular y que permite perseguir la responsabilidad del mandatario. Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Ampuero Ascencio c. Castillo Hernández*. Sentencia de 28 de enero de 2013.

<sup>100</sup> Pedro Arismendi lo establece con respecto del Art. 1231 del Código Civil de Venezuela de 1916. La misma situación se replica en nuestro CC. (Pedro Arismendi. “Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 4 (1939), p. 200).

<sup>101</sup> Según Alfredo Barros Errázuriz las leyes imperativas “[m]andan hacer alguna cosa y respecto de los actos o contratos, ejecutarlos en determinadas condiciones, o sea, llenando tales o cuales requisitos”. Alfredo Barros Errázuriz. *Curso de Derecho Civil: Primer Año*. 4ta. ed. Santiago de Chile: Nascimento, 1930, p. 70.

<sup>102</sup> *Id.*, p. 71.

1505 reconoce los derechos del acreedor frente al incumplimiento de un contrato bilateral.

La naturaleza permisiva de la norma fluye de su redacción. El Art. 1505 claramente establece que el acreedor ‘podrá’ e incluso esta va más allá con la expresión ‘a su arbitrio’.<sup>103</sup> Mal podría decirse que se trata de una norma imperativa si la ley ha hecho al acreedor árbitro de elegir la acción que más se ajuste a sus intereses. No se diga entonces que no es permisiva.

Respecto del Derecho chileno una interpretación similar ha sido hecha por Alejandra Aguad Deik y Carlos Pizarro Wilson para quienes:

[l]a interpretación restrictiva del artículo 1.489 en términos que impediría a la autonomía de la acción indemnizatoria debe rechazarse. Dicho precepto no expresa que la acción indemnizatoria deba necesariamente ir atada a aquélla de ejecución forzada o resolutoria; lo que indica es que el acreedor, si lo prefiere, puede demandar el cumplimiento en naturaleza o la resolución y, además, también queda a su arbitrio requerir la indemnización de perjuicios. En suma, el acreedor puede hacer varias cosas. Puede demandar sólo la resolución, o nada más la ejecución forzada o cualquiera de estas dos acciones más la indemnización de perjuicios o sólo requerir esto último. Nada impide lo anterior.<sup>104</sup>

En igual sentido, respecto del Art. 1231 del Código Civil de Venezuela de 1916, análogo a nuestro Art. 1505, se han alzado voces interpretándolo de manera similar a la nuestra.<sup>105</sup> Resulta interesante la interpretación de Pedro Arismendi en 1939 que manifiesta:

En cuanto a la interpretación gramatical y lógica del art. 1.231, se ve que éste no ha creado ni siquiera condicionado la acción de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones y contratos; acción que ya estaba creada en los arts. 1.284, 1.291 y 1.516, sin subordinación a ninguna otra acción. El 1.231 lo único que trae en cuanto a la acción de daños contractuales, es una mención incidental, para advertir, de paso, que el acreedor que basado en el incumplimiento del otro contratante, demanda la resolución o la ejecución, puede acumular a cualquiera de estas dos acciones la de daños y perjuicios.<sup>106</sup>

Resulta inadmisibles el argumento de la tesis de la accesoriedad de que siendo claro que la indemnización deba demandarse ‘juntamente y en compañía’ a la resolución o al cumplimiento, no se puede desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

---

<sup>103</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>104</sup> Aguad Deik, Alejandra y Pizarro Wilson, Carlos. “Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual”. *Revista chilena de derecho privado* 9 (2007), p. 153.

<sup>105</sup> El Art. 1231 establecía la condición resolutoria implícita por incumplimiento contractual, caso en el que “[l]a parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato si es posible, o de pedir su resolución, además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos [énfasis añadido]”. Código Civil de Venezuela de 1916. Art. 1231. 4 de julio de 1916.

<sup>106</sup> Pedro Arismendi. “Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales”. *Óp. cit.*, pp. 199-200.

A nuestro juicio, lo claro es que la interpretación gramatical no resuelve el problema de la autonomía indemnizatoria, máxime cuando (i) existen multiplicidad de acepciones de la expresión ‘con’; y, (ii) existe incertidumbre respecto a si el sentido de la condición resolutoria tácita es remarcar la posibilidad de acumulación del remedio resarcitorio o dotarle de una naturaleza accesoria y dependiente.

Además, debe tomarse en consideración que el Art. 1505 ha provocado más de un debate en torno a su verdadero sentido. Se trata de una norma medular que guarda silencio y no explica: (i) si la facultad resolutoria se aplica únicamente a los contratos bilaterales de ejecución instantánea o a todos los contratos bilaterales incluyendo a los de tracto sucesivo; (ii) si cualquier incumplimiento basta para la procedencia de la acción resolutoria o si es necesario uno dotado de relevancia; (iii) no resuelve el problema de si el deudor puede enervar la acción resolutoria en contratos distintos a la compraventa; (iv) no es claro si cuando se demanda la resolución con indemnización de perjuicios, atendido el efecto retroactivo de la resolución se debe indemnizar el interés negativo o el positivo; y, (v) no es claro si la indemnización de perjuicios es autónoma y complementaria o accesoria y dependiente. Es por esto que limitar la discusión de la accesoriidad del resarcimiento a la interpretación gramatical por una controversial claridad en su sentido es manifiestamente equivocado.

Incluso si el Art. 1505 fuese claro, concordamos con César Coronel Jones en que “el juez no puede por el solo elemento gramatical decidir si el sentido de la ley es claro, sino que debe necesariamente verificarlo recurriendo a los otros métodos interpretativos, pues es dicho proceso lo que le permitirá determinar su verdadero sentido”.<sup>107</sup> En consecuencia, el Art. 1505 debe interpretarse a la luz de los elementos de interpretación gramatical, histórico, lógico y sistemático y no, como se ha sostenido por unos pocos, utilizando primero el elemento gramatical para después quizá utilizar uno a uno los restantes.<sup>108</sup> Una interpretación basada en los distintos métodos de interpretación precisamente confirma nuestra hipótesis de que el sentido del Art. 1505 no es subordinar la acción indemnizatoria, sino simplemente resaltar su posible acumulación.

---

<sup>107</sup> César Coronel Jones. “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana”. *Ius Humani* 1 (2008-2009), pp. 212-213.

<sup>108</sup> *Ibid.*

## B. Interpretación histórica

Si de encontrar el verdadero sentido del Art. 1505 se trata, la interpretación histórica es clave para entenderlo. Según Luis Felipe Borja “el elemento histórico es uno de los medios más poderosos para interpretar la ley, reconstruyendo el pensamiento del legislador”.<sup>109</sup> En este sentido, el Art. 18 numeral 1 del CC permite recurrir al espíritu manifestado en la norma o en la historia fidedigna de su establecimiento.<sup>110</sup> La historia fidedigna, según Andrés Bello, sería “por ejemplo, la relación de los debates ocurridos en el Cuerpo Legislativo [sic] al tiempo de discutirse el Proyecto”.<sup>111</sup>

Si bien no hay actas de los debates del CC ya que fue originario de la genialidad de Andrés Bello, sí es posible encontrar la historia fidedigna del Art. 1505. Con seguridad, la historia fidedigna se encuentra en la relación entre los diversos Proyectos de CC de Bello. Un análisis cronológico de los Proyectos de 1841-1845, 1846-1847, 1853, Proyecto inédito y CC, demuestran que la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ únicamente tenía por finalidad resaltar su posible acumulación, sin aprisionarla al cumplimiento o la resolución del contrato.

La indemnización de perjuicios en el desarrollo del CC se introdujo con notable anterioridad que la condición resolutoria tácita. El Proyecto de 1841-1845 ya regulaba la indemnización de perjuicios en el título de los efectos de las obligaciones, mientras que la condición resolutoria tácita no aparece sino hasta el proyecto de 1853. En este sentido, desde la consagración de la condición resolutoria tácita en 1853, la mención a la indemnización de perjuicios no crea el derecho a la indemnización de perjuicios al contrario de lo que se ha creído.

El Art. 1665 del Proyecto de 1853 prescribe:

En los contratos bilaterales, va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

---

<sup>109</sup> Luis Felipe Borja. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. Tomo I. Quito: Tip. de la Escuela de Artes y Oficios, 1899, p. 366.

<sup>110</sup> CC. Art. 18. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005. Se ha discutido si la interpretación histórica intenta reconstruir el pensamiento del legislador o, si por el contrario, el legislador es indiferente pues lo que debe buscarse es el sentido objetivo de la ley. Entre los civilistas clásicos ecuatorianos perduraba la idea exegética de la reconstrucción del pensamiento del legislador. Por ejemplo, Luis Felipe Borja manifiesta que “la interpretación consiste en emplear los medios conducentes á conocer á ciencia cierta el pensamiento del legislador”. (Luis Felipe Borja. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. *Óp. cit.*, p. 364).

<sup>111</sup> Andrés Bello. Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XII. *Óp. cit.*, p. 8.

Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, o, si no fuere ya posible cumplirlo, la indemnización de perjuicios.<sup>112</sup>

Cuando la indemnización de perjuicios es incorporada por vez primera, no parecía compatible con la acción resolutoria o de cumplimiento del contrato pues la norma utilizaba la conjunción disyuntiva ‘o’. La indemnización aparece como una tercera alternativa de semblanza únicamente aplicable en caso de imposibilidad.

Sin embargo, el siguiente proyecto eliminó la conjunción disyuntiva ‘o’ estableciendo que “podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.<sup>113</sup> De manera que el Proyecto inédito, ante la aparente incompatibilidad en el anterior proyecto, utiliza la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ para dejar claro que la acción indemnizatoria es compatible con la resolución o el cumplimiento del contrato. No determina una fórmula mágica de demandar, sino tan solo reconoce al acreedor el derecho de acumular las acciones.

La historia fidedigna del Art. 1505 también se explica por el Art. 1184 del *Code*. Vodanovic ya advertía que el Art. 1489 del CCch tuvo en cuenta el Art. 1184 del *Code*.<sup>114</sup> El Art. 1184 del *Code* establecía la condición resolutoria tácita en la que constaba que el contratante “podrá elegir entre exigir a la otra al cumplimiento de la obligación si ello fuera posible, o pedir la resolución con indemnización por daños y perjuicios [...]”.<sup>115</sup> Por lo que en el antecesor francés del Art. 1505 parecía que la indemnización de perjuicios era únicamente acumulable a la resolución del contrato, pero incompatible con el cumplimiento.

En consideración a este problema en la redacción del *Code*, el Proyecto inédito de Bello introdujo un signo de coma (,) antes de mencionar a la indemnización para denotar su compatibilidad con ambas acciones. En este sentido, el Art. 1505 prescribe que el contratante podrá solicitar “o la resolución o el cumplimiento del contrato, con

---

<sup>112</sup> *Id.*, p. 394.

<sup>113</sup> Según el Art. 1666 del proyecto inédito “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”. (Andrés Bello. Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XIII. Santiago de Chile: Pedro Ramírez, 1890, p. 376).

<sup>114</sup> Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic. *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*. 2da. ed. Santiago de Chile, 2001, p. 269.

<sup>115</sup> *Code*. Art. 1184. 21 de marzo de 1804.

indemnización de perjuicios”.<sup>116</sup> Esta coma leída superficialmente puede parecer inocente, pero prueba que en el Art. 1505 se quería denotar cierta compatibilidad de la acción indemnizatoria con las acciones de cumplimiento o resolución.

La importancia de esta coma ya había sido denunciada por Claro Solar para quien:

Según el art. 1489, el contratante acreedor de la obligación no cumplida puede pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, y en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, pues así lo manifiesta la coma puesta en el inciso segundo después de la palabra contrato. Esto importa una modificación del art. 1184 del Código francés, según el cual el acreedor de la obligación no cumplida puede elegir entre exigir el cumplimiento del contrato cuando es posible, o demandar la resolución con daños y perjuicios; de modo que la indemnización de perjuicios no es exigible en todo caso, sino cuando el no cumplimiento, da ocasión a que se pida la resolución y ha originado daños y perjuicios.<sup>117</sup>

En consecuencia, la historia fidedigna del Art. 1505 revela que el sentido de la mención a la indemnización de perjuicios era resaltar su posible acumulación. Bien sea porque el Proyecto inédito abandona la incompatibilidad de la indemnización de perjuicios del Proyecto de 1853, o bien sea porque a diferencia del *Code*, el Proyecto inédito introduce una coma antes de la indemnización de perjuicios, en uno u otro caso, la respuesta es la misma. La mención del Art. 1505 a la indemnización de perjuicios no es para convertirla en una acción accesorias, sino que justamente dado que es una acción autónoma, fue necesario recalcar su compatibilidad con la resolución o el cumplimiento del contrato.

## **C. Interpretación lógica y sistemática**

### **1. La condición resolutoria tácita no es una condición**

El argumento de la tesis de la accesoriedad es que la autonomía indemnizatoria es incompatible con la condición resolutoria tácita. Según la tesis de la accesoriedad, el efecto de la condición resolutoria tácita es la facultad de solicitar el cumplimiento o la resolución, con indemnización de perjuicios. Por lo que la autonomía resarcitoria se encontraría fuera del efecto de la condición resolutoria tácita.

Sin embargo, este argumento deja de lado la verdadera naturaleza de la institución. Según Ospina Fernández “[i]ncurrió en error nuestro Código al incluir el artículo 1546 en el tratado de las obligaciones condicionales y al emplear la antigua e inexacta denominación de condición resolutoria tácita para calificar la que, en verdad, es una

---

<sup>116</sup> CC. Art. 1505. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>117</sup> Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, p. 181.

*acción resolutoria* de los contratos”.<sup>118</sup> Más allá de su ubicación y *nomen iuris*, la condición resolutoria tácita no es una auténtica condición resolutoria. El mismo Shakespeare ya nos lo advertía “si otro título damos a la rosa con otro nombre nos dará su aroma”.<sup>119</sup> Es por esto que en Derecho las instituciones se conocen por sus efectos más que por su nombre.

La condición resolutoria tácita no es el tema substantivo, sino únicamente su forma adoptada de regulación.<sup>120</sup> La esencia de la institución realmente es la facultad resolutoria por incumplimiento de contrato que es de consagración universal, mientras que aquella forma está en abandono.<sup>121</sup> Existen múltiples diferencias entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria ordinaria que demuestran que más allá de su *nomen iuris* se trata en realidad de una facultad que tiene como presupuesto legal el incumplimiento contractual.<sup>122</sup>

Mal podría afirmarse que la autonomía resarcitoria se encuentra fuera del efecto de la condición resolutoria tácita si no se trata de una condición resolutoria. En la condición resolutoria ordinaria una vez acaecido el evento futuro e incierto, los efectos mandan pues se resuelve un derecho *ipso facto*, mientras que la condición resolutoria tácita, al contrario, no resuelve un derecho sino que precisamente otorga un derecho potestativo.<sup>123</sup> Según Luis Parraguez:

Si opta por la vía del cumplimiento forzado se esfumó definitivamente toda posibilidad de resolución. Si el efecto no fue resolutorio es que entonces la condición tampoco lo era. Y en verdad no lo fue, porque de su cumplimiento se derivó una consecuencia enteramente opuesta a la resolución: el cumplimiento del contrato. Y esto no es todo. Aún en el caso de que este contratante elija el camino de la resolución, el otro puede enervarla e imponer la vigencia del contrato, dando satisfacción a la obligación que no había cumplido.<sup>124</sup>

De igual manera, las condiciones resolutorias ordinarias son elementos puramente accidentales que, a manera de capricho, las partes insertan al contrato, mientras que la condición resolutoria tácita es un elemento de la naturaleza que la ley inserta presumiendo la voluntad de los contratantes. Más aun, la condición resolutoria ordinaria

---

<sup>118</sup> Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Reimpresión 8va. Ed. Bogotá: Temis, 2008, p. 484.

<sup>119</sup> William Shakespeare. *Romeo y Julieta*. Bogotá: Pehuén, 2001, p. 26.

<sup>120</sup> Cfr. Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. Reimpresión 1ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017, p. 392.

<sup>121</sup> Cfr. *Id.*, p. 393.

<sup>122</sup> Cfr. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, pp. 200-201.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> *Ibid.*



puede insertarse en cualquier negocio jurídico, prueba de ello es que una parte sustancial de su regulación es con efecto de las asignaciones testamentarias, mientras que la condición resolutoria tácita únicamente va inserta en los contratos bilaterales y ni siquiera eso pues la experiencia revela que no opera en todos.<sup>125</sup>

En cuanto a su fundamento, la condición resolutoria ordinaria se fundamenta en la autonomía de la voluntad como principio rector, mientras que el de la condición resolutoria tácita si bien ha sido discutido<sup>126</sup>, podría afirmarse que en último término se basa en el repudio del enriquecimiento injustificado y la equidad.<sup>127</sup> Por su parte, respecto del acontecimiento futuro e incierto, en la condición resolutoria ordinaria este puede ser cualquier evento que no sea el incumplimiento de un contrato, mientras que en la condición resolutoria tácita únicamente puede ser el incumplimiento contractual.

Por último, en cuanto a la indemnización de perjuicios, Meza Barros manifiesta que la condición resolutoria ordinaria no da derecho al resarcimiento de los perjuicios ya que el cumplimiento de la condición no puede imputarse a culpa de los contratantes, mientras que la condición resolutoria tácita puede originar indemnización de perjuicios.<sup>128</sup> Sin embargo, consideramos que esta última diferencia es errada. Como demostraremos en el apartado siguiente, la mención de la indemnización de perjuicios en la condición resolutoria tácita no crea el derecho a la indemnización de perjuicios, toda vez que esta deriva del incumplimiento imputable y del régimen de los efectos de la obligaciones. En consecuencia, si la indemnización no deriva de la condición resolutoria tácita, esta no es una diferencia con la condición resolutoria ordinaria.

Se podrían pensar más diferencias, pero con las esbozadas hasta este punto es claro que la naturaleza del Art. 1505 no es el ser una verdadera condición resolutoria. Concordamos con Luis Parraguez en que “no hay una condición auténtica *-conditio facti-* sino una pura apariencia propuesta por la ley, una *conditio iuri* que [...] solamente desempeña un rol de presupuesto para el ejercicio de un derecho”.<sup>129</sup> El Art. 1505 no se

---

<sup>125</sup> Pese a que el Art. 1505 reza que es aplicable ‘en todo contrato bilateral’, la resolución es ajena al contrato de matrimonio y sociedad y es discutible en la compraventa mercantil, transacción, convenio arbitral, entre otros.

<sup>126</sup> Sobre la discusión, *vid.* Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones... Óp. cit.*, pp. 395-399.

<sup>127</sup> *Vid.* Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 199.

<sup>128</sup> *Cfr.* Ramón Meza Barros. *Manual de Derecho Civil... Óp. cit.*, p. 44.

<sup>129</sup> Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, pp. 200-201.

trata de una condición resolutoria, sino el *efecto anormal de los contratos bilaterales*.<sup>130</sup> Es un mecanismo de tutela establecido por el ordenamiento jurídico a favor del acreedor que, a nuestro criterio, más allá de su *nomen* debería estar regulado entre los efectos de las obligaciones.<sup>131</sup>

En consecuencia, si no se trata de una condición resolutoria como la tesis de la accesoriedad ha afirmado, no existe un efecto propio a la condición que la autonomía indemnizatoria pueda transgredir. Ahora bien, podría pensarse que aun si el Art. 1505 se tratase de una facultad otorgada al acreedor, aquello no elimina la accesoriedad de la indemnización bajo el Art. 1505, pero bien sea porque la norma únicamente insiste en su posible acumulación como porque tiene un carácter permisivo que no impone una manera determinada de demandar, nada en la ley impide que el acreedor exija autónomamente la acción indemnizatoria si aquello se ajusta más a sus intereses.

## **2. El incumplimiento imputable que ocasiona daños y perjuicios es la causa de la indemnización**

Resulta ilógico que la causa de la indemnización sea el cumplimiento o la resolución del contrato como la tesis de la accesoriedad afirma. Es claro que la obligación indemnizatoria tiene como fuente obligacional al contrato, pero la causa de la indemnización de perjuicios es el incumplimiento contractual que, precisamente, ocasiona daños y perjuicios.

No hay disposición alguna en el CC que haga pensar que la causa de la indemnización es la acción de cumplimiento o de resolución del contrato. Al contrario, el Art. 1572 CC es claro en que “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”.<sup>132</sup> Ciertamente que esta norma se trata de la clasificación de los daños patrimoniales, pero no es menos cierto que se puede apreciar la causa de la indemnización. De la norma se

---

<sup>130</sup> Cfr. Claus Krebs Poulsen. “La inexecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”. *Óp. cit.*, p. 870.

<sup>131</sup> Luis Parraguez por el contrario manifiesta que “debió estar entre los modos de extinguirse las obligaciones, a falta de un Título destinado a la parte general de los contratos que habría sido el lugar ideal”. *Id.*, p. 201. Si bien esta idea también sería factible consideramos que tal como el CC está estructurado resulta más conveniente regularlo entre los efectos de las obligaciones ya que aquí se encuentran las acciones del acreedor frente al incumplimiento contractual.

<sup>132</sup> CC. Art. 1572. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

desprende que hay derecho al daño emergente y al lucro cesante “ya provengan” del incumplimiento total, cumplimiento imperfecto o cumplimiento tardío.<sup>133</sup>

El incumplimiento contractual como causa de la indemnización se confirma en el Art. 1933 respecto del contrato de arrendamiento para la construcción de una obra material. La norma prescribe que “habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”.<sup>134</sup> Por lo que la regla general de los contratos, es que la indemnización proviene del incumplimiento contractual.

Sin embargo, no toda inexecución dañosa de lo pactado genera obligación resarcitoria. El CC establece que es necesario de la constitución en mora para la indemnización de perjuicios con excepción de la obligación de no hacer. El Art. 1573 establece que “se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención”.<sup>135</sup> De manera que, si la obligación es de dar o de hacer, la indemnización se debe desde la mora y, si la obligación es de no hacer desde el momento de la contravención.

Se ha discutido si la mora provoca el nacimiento de la obligación indemnizatoria o si se trata de un requisito para poder exigirse la obligación. Fueyo Laneri manifiesta que los perjuicios se deben antes de la mora, pero es necesario de ella para poder exigirlos.<sup>136</sup> Por otra parte, Abeliuk manifiesta que la indemnización moratoria nace con la mora, mientras que la indemnización compensatoria se debe desde el solo incumplimiento, pero la mora suspende su exigibilidad.<sup>137</sup> De una manera u otra, lo que gatilla la posibilidad de demandar la indemnización no es la acción resolutoria o la de cumplimiento, sino el incumplimiento dañoso imputable al deudor.

### **3. Autonomía de la acción indemnizatoria en el ordenamiento jurídico**

Ahora bien, hemos esbozado nuestra hipótesis de que la breve referencia a la acción indemnizatoria en el Art. 1505 es para recalcar su posible acumulación con la acción

---

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> CC. Art. 1933. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>135</sup> CC. Art. 1573. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>136</sup> Fernando Fueyo Laneri. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 443-444.

<sup>137</sup> René Abeliuk Manasevich. *Las obligaciones*. Tomo II. *Óp. cit.*, p. 152.

resolutoria o de cumplimiento. La historia fidedigna así lo revela si se analizan los distintos Proyectos de Bello, así como el Art. 1184 del *Code*. También hemos descartado varios argumentos de la tesis de la accesoriedad. Falta sin embargo analizar el CC en su integridad para verificar si en el incumplimiento de los contratos bilaterales la acción indemnizatoria es autónoma o accesoría a fin de verificar la hipótesis de este trabajo.

Es de vital importancia distinguir dos problemas jurídicos distintos que, aunque se suelen sobreponer porque se regulan en las mismas normas, no son lo mismo. En primer lugar, hay que distinguir el problema de la autonomía de la acción indemnizatoria, que es aquello que trata principalmente esta tesina y que consiste en si puede o no demandarse la indemnización de perjuicios sin el cumplimiento o la resolución del contrato atendida la redacción del Art. 1505. Por otra parte, problema jurídico completamente distinto es el relativo a la indemnización compensatoria directa, esto es, si puede demandarse directamente la indemnización compensatoria por el valor de la prestación o por su menor valor siendo todavía posible el cumplimiento *in natura* del contrato.

Si en un contrato de compraventa de una lonchera de la hormiga atómica del año 66 (cuerpo cierto), Vladimir se obliga a dar esta a Juan a cambio de un precio de USD 1000. El problema de la autonomía radicaría en si frente al incumplimiento de Vladimir, Juan podría demandar la indemnización de perjuicios sin acompañarlo a la resolución o al cumplimiento del contrato. Por otra parte, el problema de la indemnización compensatoria directa consiste en si Juan podría demandar que se le entregue ya no la lonchera de la hormiga atómica, sino su valor (USD 1000) cuando todavía es posible que se le entregue la lonchera. Evidentemente en muchas situaciones cuando el acreedor decida optar por la indemnización autónoma le será también conveniente demandar la indemnización compensatoria directamente por el valor de la prestación o su menor valor, pero son problemas jurídicos distintos muchas veces entrecruzados y que es necesario distinguir a la hora de revisar la normativa en la que se asienta la autonomía indemnizatoria.

En esta sección analizaremos si el CC acepta la autonomía indemnizatoria en sus distintas disposiciones para verificar si el sentido del Art. 1505 es convertirla en una acción accesoría o simplemente recalcar su compatibilidad con el cumplimiento

específico y la resolución del contrato. Empero, dada la relevancia del problema de la indemnización compensatoria directa para sostener la autonomía de la indemnización compensatoria, posteriormente se analizará también este problema.<sup>138</sup>

La autonomía de la acción indemnizatoria, lejos de ser una discusión meramente teórica tiene pleno asiento normativo en el CC. Como manifestamos en la introducción a este trabajo, el CC la acepta expresamente en caso de mora en las obligaciones de hacer. El Art. 1569 prescribe que junto a la indemnización por la mora el acreedor podrá pedir “cualquiera de estas dos cosas, a elección suya”.<sup>139</sup> Por lo que siendo la indemnización compensatoria una de esas dos cosas, el precepto “da claramente a entender que la indemnización de perjuicios es concebible como solicitud autónoma, sin necesidad de ir aparejada a la petición de cumplimiento o de resolución del contrato de que esa obligación de hacer incumplida emanó”.<sup>140</sup>

De igual manera, el Art. 1571 respecto de la contravención de las obligaciones de no hacer permite la autonomía indemnizatoria. El precepto no exige resolver el contrato para demandar la indemnización compensatoria. Podría pensarse que se tratan de disposiciones aisladas que no pasan de ser *vox clamantis in deserto*, pero no es así. En el contrato de arrendamiento de cosas, el Art. 1879 del CC prescribe:

El arrendatario está obligado a usar de la cosa según los términos o espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a los que la cosa está naturalmente destinada, o que deban presumirse, atentas las circunstancias del contrato o la costumbre del país.

Si el arrendatario contraviene a esta regla, podrá el arrendador reclamar la terminación del arriendo, con indemnización de perjuicios, o *limitarse a esta indemnización, dejando subsistir el arriendo* [énfasis añadido].<sup>141</sup>

Estamos en presencia de una norma respecto de un contrato bilateral en la que es aplicable el Art. 1505 y que acepta la autonomía indemnizatoria por incumplimiento a obligaciones de hacer y de no hacer. Se trata de una obligación de hacer pues el arrendatario está obligado a usar la cosa según los términos del contrato, pero también impone una obligación de no hacer ya que *a contrario sensu* el arrendatario no puede darle un uso distinto al convenido.

---

<sup>138</sup> *Vid. Infra* § III.D.

<sup>139</sup> CC. Art. 1569. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>140</sup> Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Transportes Aeropuerto Express c. LADECO*. Sentencia de 16 de agosto de 2007.

<sup>141</sup> CC. Art. 1879. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

La doctrina ha considerado que el arrendador no solo está obligado a aprovechar la cosa en la manera pactada. El arrendador naturalmente está obligado a no darle un uso excesivo a la cosa ya que podría acarrear un perjuicio como cuando el excesivo uso de la maquinaria arrendada provoca su recalentamiento.<sup>142</sup> Esta obligación también implica que el arrendatario efectivamente use la cosa ya que el no uso también conlleva perjuicios como el deterioro en la casa arrendada por polvo, insectos y ratones o como cuando se le arrebatara el dominio al arrendador porque un tercero poseedor lo adquiere por prescripción adquisitiva.<sup>143</sup> En consecuencia, podría considerarse que con base en el Art. 1879, el arrendador está obligado a usar la cosa en la forma convenida (hacer), a usar la cosa aunque sea mínimamente (hacer), a no darle un uso excesivo (no hacer) y a no darle un uso distinto (no hacer).

Es importante notar que pese a que el Art. 1505 sea aplicable al arrendamiento dado que es un contrato bilateral, el Art. 1879 expresamente permite que el arrendador solicite la indemnización de perjuicios sin demandar la terminación del contrato. Esto confirma nuestra interpretación de que cuando el Art. 1505 se refiere a la indemnización no es para convertirla en una acción accesorias y dependiente pues si así fuese el Art. 1879 no permitiría la autonomía de la acción indemnizatoria en un contrato bilateral como el arrendamiento.

Podría pensarse que no estamos ante la confirmación de la autonomía indemnizatoria como regla general, sino ante una norma excepcional para un supuesto específico. No obstante, si así fuese esta excepción debería tener una razón lógica para apartarse de la regla general. No parece haber un motivo únicamente aplicable al incumplimiento de la obligación de usar de la manera convenida para establecer una excepción a la presunta regla general de la indemnización accesorias. En consecuencia, no se trata de una excepción a la regla general, sino la confirmación de que la autonomía de la indemnización de perjuicios es la regla general reproducida en el contrato de arrendamiento.

Es importante destacar que el Art. 1879 no solo confirma que la acción indemnizatoria es autónoma, sino también revela que el principio de conservación es un importante apoyo de esta autonomía. En sentido amplio, el principio de conservación

---

<sup>142</sup> Juan Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 3ra. ed. Volumen VIII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, pp. 60-61.

<sup>143</sup> *Ibíd.*

implica un mecanismo del ordenamiento jurídico para salvaguardar la relación jurídica en repudio de la ineficacia no solo contractual, sino del negocio jurídico en general.<sup>144</sup> El fundamento de este principio, en materia contractual, es que todo contrato tiene una finalidad buscada por las partes y destruir el vínculo contractual arrebataría a las partes de esta finalidad buscada.<sup>145</sup> Además, los contratos tienen una función social pues es un mecanismo de intercambio de bienes y servicios, por lo que para la sociedad es preferible que los contratos se cumplan antes que se invaliden, resuelvan o rescindan.<sup>146</sup>

Un análisis detenido del Art. 1879 permite entender que aceptar la autonomía indemnizatoria contribuye a mantener la relación contractual en cumplimiento del principio de conservación del contrato. La norma permite que frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas en su primer inciso, el arrendador opte por no terminar el contrato demandando únicamente la indemnización de perjuicios. En este caso, pese a que la obligación incumplida se extinguiría por el pago de la indemnización compensatoria, el contrato subsistiría puesto que existen más obligaciones vigentes.

El principio de conservación es pues un poderoso aliado de la autonomía indemnizatoria no solo en el arrendamiento, sino en los contratos de tracto sucesivo. Los contratos se celebran para cumplirse y, en esa medida, pese al incumplimiento de contratos como el de arrendamiento, suministro, distribución, *franchising*, el acreedor podría optar por obtener el valor de la prestación incumplida (*aestimatio rei*), así como otros daños externos a la prestación mientras el contrato sigue vigente.

Por ejemplo, imaginemos que Pepito Grillo se obliga a suministrar madera mensualmente por un año a Gepetto a cambio de un precio mensual. Gepetto a su vez distribuye mensualmente juguetes de madera de alta calidad a una juguetería. Es por esta razón que Gepetto contrata a Pepito Grillo para que le suministre la madera, pues este tiene la mejor madera de la ciudad. Al octavo mes de que Pepito Grillo ha suministrado la madera con normalidad, este incumple su obligación. Gepetto para poder distribuir los juguetes encuentra alguien que, aunque de menor calidad y mayor precio, le venda la madera de ese mes. Es aquí donde nace el dilema. Gepetto sufrió un daño al tener que pagar un mayor valor en la compra de la madera del octavo mes.

---

<sup>144</sup> Vid. Karen Nicole Lemarie Muñoz. *La recepción del principio de conservación del contrato en el Derecho Civil chileno*. Tesis de grado. Universidad Austral de Chile. Quito, 2012, pp. 10-11.

<sup>145</sup> Vid. Jorge Rodríguez Russo. “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”. *Revista de la Facultad de Derecho* 31 (2011), p. 271.

<sup>146</sup> *Ibid.*

¿Cómo acceder a la indemnización de este daño? si se admite la indemnización autónoma, Gepetto podrá obtener una indemnización por el mayor valor que tuvo que pagar en la compra de la madera de menor calidad, subsistiendo el contrato y adquiriendo con seguridad la mejor madera de la ciudad por los meses restantes.<sup>147</sup>

La autonomía indemnizatoria por mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer no solo ha sido recogida por nuestro CC en el título de los efectos de las obligaciones y en contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento de cosas, sino también respecto de contratos de ejecución diferida como el contrato de construcción de una obra material. El Art. 1936 del CC prescribe:

Si el que encargó la obra alegare no haberse ejecutado debidamente, se nombrarán, por las dos partes, peritos que decidan.

Siendo fundada la alegación del que encargó la obra, el artífice podrá ser obligado, a elección del que encargó la obra, a *hacerla de nuevo o a la indemnización de perjuicios* [...] [énfasis añadido].<sup>148</sup>

Por lo que ante el cumplimiento imperfecto de la obligación de hacer por parte del artífice, el que encargó la obra puede pedir la indemnización autónoma o que el artífice realice la obra de nuevo. En consecuencia, el Art. 1936 del CC confirma que el Art. 1505 permite la autonomía indemnizatoria ya que revela su procedencia en contratos bilaterales como el de construcción de una obra material.

De igual manera, existen claras manifestaciones de la autonomía de la acción indemnizatoria en el contrato de compraventa pues el Art. 1753 CC prescribe:

La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe, no surte efecto alguno.

Si faltaba una parte considerable de ella al tiempo de perfeccionarse el contrato, podrá el comprador, a su arbitrio, desistir del contrato, o darlo por subsistente, abonando el precio a justa tasación.

El que vendió a sabiendas lo que en el todo o en una parte considerable no existía, resarcirá los perjuicios al comprador de buena fe.<sup>149</sup>

No hay duda que si la cosa no existe al tiempo de la venta existe falta de objeto. Sin embargo, según Vidal Olivares en el supuesto que falte una parte considerable de la

---

<sup>147</sup> Bajo la tesis de la accesoriedad pese a que Gepetto de buena fe todavía confía en Pepito Grillo que ha sido diligente hasta poco antes del octavo mes y que tiene la mejor madera de la ciudad, está obligado a terminar el contrato para acceder a la indemnización a la que tiene derecho. También podría exigir el suministro de la madera del octavo mes, pero la madera no le servirá de nada puesto que ya la compró y la obtendrá únicamente luego de un engorroso proceso judicial. Respecto de la indemnización, en caso de exigirse el cumplimiento la indemnización será por la mora pero ciertamente no abarcará el daño por el mayor valor de la madera comprada. Si el contrato se termina, el acreedor podrá acceder a la indemnización por el mayor valor de la madera comprada, pero a costa del contrato que no quería terminar.

<sup>148</sup> CC. Art. 1936. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>149</sup> CC. Art. 1753. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.



cosa, el comprador puede optar por la resolución con indemnización de perjuicios o conservar el contrato y demandar la indemnización de perjuicios por el menor valor de la cosa con otros daños.<sup>150</sup> Toda vez que si se conserva el contrato no se está demandando el cumplimiento ni la resolución, el Art. 1753 permite la autonomía indemnizatoria y confirma nuestra interpretación del Art. 1505. La autonomía indemnizatoria del Art. 1753 también la ha reconocido Enrique Alcalde advirtiendo:

[E]l hecho de que el comprador que opta por perseverar en el contrato, igualmente pueda demandar perjuicios conforme al inciso tercero del artículo 1814, demuestra, a nuestro juicio inequívocamente, que la referida acción es ejercitable con independencia y autonomía de otra acción que implique resolución, nulidad o cumplimiento del contrato.<sup>151</sup>

Igualmente podría esbozarse la autonomía indemnizatoria en la compraventa sobre la base de la regulación de los vicios redhibitorios.<sup>152</sup> Si están prescritas la rescisión y la acción *quanti minoris*, el acreedor demandará autónomamente la indemnización. Lo mismo sucedería si hay un desperfecto que inutilice gravemente la cosa y no es conveniente para el acreedor solicitar la acción *quanti minoris* ni la rescisión puesto que lo que busca es la indemnización compensatoria. No obstante, no consideramos que este supuesto esté dentro de la responsabilidad contractual. Bien analizada la indemnización por vicios ocultos, de conformidad con el Art. 1801 del CC únicamente tiene cabida cuando el vendedor vendió sabiendo del vicio o debiendo saberlo por su profesión u oficio. Por lo que la indemnización de perjuicios protege al comprador cuando el vendedor incurre en una contravención de su deber precontractual de información.

El vendedor debiendo informar del vicio oculto no lo informa y esto ocurre con anterioridad a la existencia misma del contrato. No existiendo contrato ¿cómo puede existir responsabilidad contractual? Como advierte Luis Parraguez “en el período precontractual no podemos hablar de obligación nacida de contrato, porque no lo

---

<sup>150</sup> Cfr. Álvaro Vidal Olivares quien manifiesta que “el art. 1814 dispone que para el caso en que faltare una parte considerable de la cosa vendida, “podrá el comprador a su arbitrio desistir el contrato o darlo por subsistente, abonando el precio a su justa tasación”; el acreedor puede escoger, entre la resolución y la indemnización de daños, el menor valor de la cosa más los otros daños”. Álvaro Vidal Olivares. “Indemnización de daños y la opción del acreedor”. *Derecho de los contratos*. Jorge Oviedo Albán (Coord.). Buenos Aires: Astrea, 2017, p. 348.

<sup>151</sup> Enrique Alcalde Rodríguez. “La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”. *Actualidad Jurídica* 17 (2008), p. 249.

<sup>152</sup> Respecto de la autonomía de la indemnización de las acciones edilicias, *vid.* Jorge Oviedo Albán. “Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno-colombiano”. *Vniversitas* 63/129 (2014), pp. 239-276.

hay”.<sup>153</sup> Estamos, entonces, frente a un supuesto de responsabilidad precontractual de la cual el vendedor es responsable. El CC no contiene un régimen especial de responsabilidad precontractual por lo que es necesario encasillarla en una de las responsabilidades reguladas. De *lege ferenda* la responsabilidad precontractual debería ser un tercer tipo de responsabilidad, sin embargo dada su falta de regulación la responsabilidad extracontractual parece ser la más acorde dentro de nuestro ordenamiento jurídico por consideraciones que exceden el objeto de este trabajo.<sup>154</sup>

Así, los Arts. 1569, 1571, 1879, 1936 y 1753 del CC confirman la autonomía de la acción indemnizatoria por mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer y contravención de obligaciones de no hacer en contratos bilaterales, en los que con seguridad el Art. 1505 es aplicable. Ahora bien, podría pensarse que la autonomía de la acción indemnizatoria únicamente sería procedente por mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer e incumplimiento de obligaciones de no hacer que aparentemente tienen una regulación especial frente a la condición resolutoria tácita.<sup>155</sup> No obstante, el CC también demuestra que la acción indemnizatoria es autónoma en las obligaciones de dar.

Si bien no hay una norma en los efectos de las obligaciones que permita la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar, esta se ve reflejada en diversas disposiciones a lo largo del CC como por ejemplo en la regulación de la cláusula penal. El Art. 1551 del CC prescribe que la “cláusula penal es 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 cumplimiento”.<sup>156</sup> Por lo que frente a la mora en el cumplimiento o incluso el retardo, las partes pueden estipular una pena como evaluación anticipada de los daños.

Si bien se ha discutido la función de la pena en el Derecho Civil, es necesario destacar que principalmente tiene una naturaleza indemnizatoria.<sup>157</sup> Es esta quizá su principal función en nuestro ordenamiento puesto que, por regla general, al igual que la indemnización de perjuicios, la pena se debe desde la mora si la obligación es positiva o

---

<sup>153</sup> Luis Parraguez Ruiz. “La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares”. *Iurisdictio* XIV/16 (2015), p. 197.

<sup>154</sup> *Vid. Id.*, p. 199.

<sup>155</sup> *Vid. Supra* nota 42.

<sup>156</sup> CC. Art. 1551. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>157</sup> Sobre la discusión, *vid.* Aída Kemelmajer de Carlucci. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1981, pp. 3-13.

desde su contravención si es negativa. De igual manera, el acreedor de conformidad con el Art. 1559 puede pedir “la indemnización o la pena” por lo que la pena es exigible en lugar de la indemnización de perjuicios. Más aun, por su carácter indemnizatorio el CC limita su monto cuando este es exagerado, y de la misma forma permite su rebaja en caso de cláusula penal enorme o cumplimiento parcial, pues el objetivo es reparar no enriquecer.<sup>158</sup> Tal naturaleza indemnizatoria denota, que no se necesitan probar los perjuicios. En consecuencia, “la pena convencional, en el Estado actual de Derecho, presenta una finalidad indemnizatoria perfectamente definida”.<sup>159</sup>

El CC permite que el acreedor demande la pena establecida en la cláusula penal de manera autónoma, independientemente que la obligación asegurada sea de dar, hacer o no hacer. En este sentido, el Art. 1553 del CC prescribe que constituido el deudor en mora el acreedor puede pedir “el cumplimiento de la obligación principal o la pena, [...] cualquiera de las dos cosas a su arbitrio”.<sup>160</sup> Este precepto no solo impone el principio de no acumulación de la pena compensatoria, sino que también implica que el acreedor puede optar por esta de manera autónoma sin que sea necesario solicitar la resolución para acceder a la reparación de estos daños.<sup>161</sup>

De igual manera, si la cláusula penal es moratoria el CC permite que se cobre la pena autónomamente. Puede suceder que cumplida tardíamente la obligación, el deudor

---

<sup>158</sup> Sergio Gatica Pacheco. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. *Óp. cit.*, p. 383.

<sup>159</sup> *Id.*, pp. 309-310.

<sup>160</sup> CC. Art. 1553. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>161</sup> De hecho, se discute si el cobro de la pena compensatoria es compatible con la resolución del contrato. Según Sergio Gatica “[s]i bien la estipulación de una cláusula penal no priva al acreedor del derecho para demandar la resolución del contrato principal, debe reconocerse, sin embargo, que una vez declarada ésta, se extingue también la cláusula penal, ya que la sentencia judicial que al respecto se dicte tiene la virtud de reponer las cosas al estado que existía con anterioridad a la celebración del contrato, como si éste nunca se hubiere estipulado; y desaparecido el contrato, se extinguen asimismo, por vía consecencial, todas las convenciones accesorias con que se había pretendido asegurar su cumplimiento”. (Sergio Gatica Pacheco. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. *Óp. cit.*, pp. 430-431). Por el contrario, Hernán Corral Talciani sostiene que “la doctrina más moderna tiende a entender que la retroactividad no es un efecto absoluto ni ontológico de la resolución, sino una forma de tutelar mejor al contratante frente al incumplimiento de su contraparte y que puede no operar si no es necesario o perjudicial esta tutela. Se aduce así, en la doctrina francesa más moderna, que la eficacia de la cláusula penal es compatible con el ejercicio de la acción resolutoria, ya sea porque se trata de una limitación a la retroactividad general de la resolución o porque se trata de efectos distintos conectados al incumplimiento o porque el incumplimiento es anterior a la declaración de la resolución. Esta doctrina que no hace de la retroactividad resolutoria un dogma que incluso va en contra de los intereses del que la invoca es la que parece más razonable. [...] Descartada la retroactividad también cae el argumento de la accesoriedad, ya que el incumplimiento de la obligación principal no desaparece por la resolución”. (Hernán Corral Talciani. *La “cláusula penal” función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014, pp. 257-258).

se rehúse a pagar la multa pactada. En ese caso, el acreedor demandará autónomamente la cláusula penal moratoria sin acompañarla del cumplimiento o la resolución, pues mal podría exigirse que se cumpla lo cumplido o se resuelva lo que ya está extinto por el pago. Sea compensatoria o moratoria la estipulación penal, la ley permite su ejercicio autónomo.

Por consiguiente, si la cláusula penal tiene una naturaleza indemnizatoria y en la cláusula penal se permite demandar autónomamente la pena como indemnización, sea la obligación de dar, hacer o no hacer es lógico concluir que el resto de indemnizaciones también son autónomas al igual que la pena de la cláusula penal.

El CC también tiene otras claras manifestaciones de la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar una especie o cuerpo cierto. El Art. 1606 prescribe:

Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan de hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.

En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; *pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios [...]* [énfasis añadido].<sup>162</sup>

Si existe deterioro por hecho o durante la mora del deudor, el acreedor puede resolver el contrato con indemnización de perjuicios o, si acepta la cosa deteriorada, demandar autónomamente la indemnización compensatoria por el menor valor de la cosa con otros daños. Esto confirma que el sentido de la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ del Art. 1505 es solo recalcar su posible acumulación pues el Art. 1606 del CC permite acumular el resarcimiento a la resolución, así como demandar la indemnización autónoma.

El Art. 1606 parte del supuesto que el deudor quiera entregar la cosa deteriorada. Por esta razón, la norma permite que el acreedor acepte la cosa deteriorada y demande autónomamente la indemnización por el menor valor de la cosa. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el deudor puede no desear entregar la cosa deteriorada, el abanico se expande: (i) Si el deudor entrega la cosa deteriorada porque así lo acepta el acreedor, este podrá demandar la indemnización autónoma por el menor valor de la prestación; por otro lado, si el deudor no entrega la cosa deteriorada, el acreedor podrá (ii)

---

<sup>162</sup> CC. Art. 18. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

demandar la resolución con la indemnización o; (iii) demandar el cumplimiento con la indemnización tanto por el menor valor de la cosa como por el cumplimiento tardío; o, (iv) limitarse a demandar la indemnización compensatoria por todo el valor de la prestación, la indemnización moratoria y otros daños.

La autonomía de la acción indemnizatoria en la obligación de dar también puede ser ilustrada mediante el CCo. Dado que el Art. 1505 del CC contiene un pasaje oscuro atinente a si la acción de indemnización de perjuicios es autónoma, al tenor de lo dispuesto por el Art. 18 numeral 4 se puede ilustrar por medio de otras leyes. El CCo respecto de la compraventa mercantil prescribe en el Art. 169 que “la venta mercantil de cosa ajena es válida, y obliga al vendedor a adquirirla y entregarla al comprador, so pena de resarcimiento de daños y perjuicios”.<sup>163</sup>

En el fondo, a lo que obliga la venta mercantil de cosa ajena no es a que el vendedor adquiera el dominio, sino a que este lo transfiera. Absurdo sería sostener que la obligación de adquirir es distinta a la obligación de dar. Si el CCo obliga a adquirir al vendedor el dominio de lo que ya está vendido, precisamente es para que cumpla la obligación de dar ya que *nemo plus iuris*. El Art. 169 del CCo prevé que incumplida la obligación de adquirir -y con ello incumplida también la obligación de dar- se deben los daños y perjuicios sin imponer ningún otro requisito para que esta prospere autónomamente.

La autonomía de la indemnización del Art. 169 del CCo ha sido reconocida por el voto salvado del Caso *Muñoz López c. Dávila Molina* en el que se consideró:

Esta obligación alternativa dada a favor del comprador para precautelar sus derechos, puede ser deducida a voluntad del comprador, sin necesidad en forma alguna, de alcanzar primeramente la resolución del contrato. Ciertamente es que, en todo contrato bilateral, va implícita la condición resolutoria, de no cumplir por alguno de ellos lo pactado; pero esto no obsta que exista como en efecto existen, disposiciones referentes a determinados contratos, que además de esa condición resolutoria, otorgan otras vías para el caso de incumplimiento.<sup>164</sup>

Asimismo, el CCo en el Art. 197 respecto de la obligación de dar cosa genérica en la compraventa prescribe:

Si, después de perfeccionada la venta, el vendedor consume, altera, o enajena y entrega a otro las mercaderías vendidas, deberá entregar al comprador otras equivalentes en especie, calidad y cantidad, o, en su defecto, abonarle su valor a juicio de peritos, con indemnización de perjuicios.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> CCo. Art. 169. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

<sup>164</sup> *Vid. Supra* nota 29.

<sup>165</sup> CCo. Art. 197. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

Por consiguiente, si hay incumplimiento a la obligación de dar cosa genérica, bajo el CCo el acreedor tiene derecho a la indemnización compensatoria por el valor de las cosas genéricas así como otros daños sin que se le imponga el requisito de resolver el contrato para acceder a ellos.

Ahora bien, podrían surgir dudas de por qué si hay autonomía indemnizatoria en la obligación de dar, el CC no lo reconoce en los efectos de las obligaciones como sí lo hace respecto de las obligaciones de hacer y de no hacer. Sin embargo, tómesese en cuenta que el incumplimiento a la obligación de dar, a diferencia de las obligaciones de hacer y de no hacer, está regulada de manera dispersa en casi todo el Libro IV y no en una sola norma en los efectos de las obligaciones. Esto se debe a que la obligación de dar era el carácter obligacional más importante en la época en la que Bello redactó el CCch<sup>166</sup>, así como porque el modelo obligacional del CC parte de la *stipulatio* romana lo que explica que la obligación unidireccional de dar una especie o cuerpo cierto sea el centro de atención del Libro IV.<sup>167</sup> Según Vidal Olivares

El modelo de obligación del legislador para construir la teoría general de las obligaciones del Libro IV del Código Civil es el de las obligaciones unilaterales de dar una especie o cuerpo cierto, modelo de obligación que se avenía perfectamente, no solo con las condiciones de tráfico imperantes en la época de la promulgación del Código Civil, sino también con la tradición del derecho romano a la que fue fiel Bello. No quiere decir que se omitiera la regulación de las otras obligaciones (de dar genéricas y de hacer), pero sí ella es escasa e insuficiente.<sup>168</sup>

En consecuencia, no sorprende que para Bello la obligación predilecta haya sido la de dar una especie o cuerpo cierto. Si para la obligación de dar no existe un precepto similar a los Arts. 1569 y 1571, es debido que a diferencia de las normas sobre el incumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer que se encuentran relativamente concentradas, la regulación de la obligación de dar dada su importancia histórica es la base para regular el derecho de obligaciones en el Libro IV y sus normas se encuentran dispersas.<sup>169</sup> Si Bello no incorporó una norma similar en los efectos de las obligaciones,

---

<sup>166</sup> Recuérdese por ejemplo que el CC ni si quiera regula la imposibilidad sobrevenida de las obligaciones de hacer y de no hacer, sino solo la teoría del riesgo con respecto a la obligación de dar.

<sup>167</sup> Álvaro Vidal Olivares. “Cambio de paradigma en el incumplimiento”. *Derecho de los contratos*. Jorge Oviedo Albán (Coord.). Buenos Aires: Astrea, 2017, pp. 136-137.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 135.

<sup>169</sup> Sobre la razón por la que Bello puso especial atención a la obligación de dar, Vidal Olivares se pregunta: “¿Cuál es la razón que explica que Bello -al igual que los codificadores de su entorno- prestara especial atención a esta clase de obligación y no a otras o a todas? Por un lado, él fue muy fiel a las fuentes de derecho romano y, por otro, consideró las condiciones del tráfico reinantes en la época del Código, dando reglas que ofrecieran soluciones adecuadas a ellas. En ese tiempo imperaba una economía agraria y fabril de grupos reducidos de mediana envergadura; en ella cada operador era autárquico y el

probablemente era porque lo consideró innecesario al estar regulado a lo largo de todo el Libro IV; un criterio similar al que debió haber tenido al no crear un título especial para las obligaciones de objeto simple.

De todos modos, incluso si se aceptase que existe un vacío sobre la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar, ese vacío puede ser fácilmente llenado mediante la aplicación analógica de la CISG. Al estar ratificada por el Ecuador, esta es parte importante del ordenamiento jurídico y permite llenar lagunas sobre la materia. El Art. 45 de la CISG prescribe:

1) Si el vendedor no cumple *cualquiera de las obligaciones* que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá: [...]

b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.

2) *El comprador no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho [...]* [énfasis añadido].<sup>170</sup>

Sea la obligación incumplida de dar, hacer o no hacer, la CISG establece que la indemnización de perjuicios puede demandarse tanto en conjunto con otros remedios contractuales como de manera autónoma, disposición que existe también para el incumplimiento del comprador en el Art. 61.<sup>171</sup> Por lo que, aplicada analógicamente para el problema de la autonomía indemnizatoria, no hay excusa para su inevitable procedencia.

#### **D. El CC permite optar directamente por la indemnización compensatoria**

En cuanto al problema de la indemnización compensatoria directa, como lo manifestamos en el primer capítulo, la doctrina ha planteado que la indemnización compensatoria no puede demandarse directamente sino únicamente cuando existe

---

intercambio aparecía como un fenómeno excepcional, que tenía por objeto preferentemente productos de la agricultura y ganadería. Debido a esto, gran parte de las obligaciones típicas que llegan al Código se encuentran constituidas por modalidades de intercambio de elementos vinculados a ellas (v.gr., predios, animales, grano, trigo) y por algunas formas claramente diferenciadas de servicios (arrendamiento de servicios inmateriales, contrato de obra y mandato). Los operadores del tráfico eran limitados y en muchas ocasiones únicos; las cosas aun objetivamente fungibles o sustituibles no lo eran, atendidas las condiciones del tráfico. Las distancias constituían un verdadero obstáculo para el desenvolvimiento de las relaciones contractuales, y eran la causa de mercados muy reducidos, limitados e incluso, en muchas áreas, inexistentes. Los bienes eran escasos y prácticamente no había fuentes alternativas”. (Álvaro Vidal Olivares. “Cambio de paradigma en el incumplimiento”. *Óp. cit.*, pp. 137-138).

<sup>170</sup> CISG. Art. 45. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

<sup>171</sup> El Art. 61 prescribe que “1) Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá: [...] b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77. 2) El vendedor no perderá el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción conforme a su derecho [...]”. CISG. Art. 61. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

imposibilidad sobrevenida. Esta aseveración parte de que en la medida que el contrato es una ley para las partes, el acreedor debe solicitar el cumplimiento específico antes que la indemnización compensatoria.

Esta postura únicamente aplicable en nuestro CC a la obligación de dar, constituye una actitud irreflexiva de los contornos del *pacta sunt servanda* y una discriminación abierta a la obligación de dar. El *pacta sunt servanda*, como principio vertical en materia de contratación, no es algo tan frágil y estrecho como para agotarse en el cumplimiento específico. La obligatoriedad del contrato reside en la circunstancia que el acreedor escoja el medio de tutela otorgado por el ordenamiento jurídico que más se ajuste a sus intereses frente al quebrantamiento de la palabra empeñada.<sup>172</sup> Resulta paradigmático que al deudor incumplido, se le permita recurrir a la obligatoriedad del contrato para que se le exija el cumplimiento específico y no la indemnización compensatoria.<sup>173</sup>

El mayor problema de la consideración de que por el *pacta sunt servanda* el acreedor debe exigir primero el cumplimiento específico, es que existe una actitud paternalista de un legislador que piensa que sabe más lo que le interesa a cada acreedor que los propios acreedores. Se asume que siempre lo más conveniente para el acreedor es el cumplimiento específico. Cuestión que no siempre es cierta. No existe una valoración que considere el impacto que tiene el incumplimiento en cada acreedor. Según Verdera Server:

[E]l problema consiste, pues, en que si quiere afirmar la prioridad del cumplimiento forzoso como medio de favorecer al acreedor se está efectuando una valoración en abstracto, sin tener en cuenta los particulares parámetros de cada situación, y puede, por ello, forzar al acreedor a instar una acción de cumplimiento, cuando sus intereses se inclinan por un simple resarcimiento del daño.<sup>174</sup>

De igual manera, pese al renombre de la compañía, no estamos de acuerdo con la aseveración de Alessandri de que si el acreedor pudiese optar directamente por la indemnización compensatoria en las obligaciones de dar, estas siempre serían obligaciones alternativas.<sup>175</sup> El error está en considerar que el *solvens* debe dar alternativamente la cosa pactada o la indemnización compensatoria. Débito y responsabilidad son dos momentos distintos y, por lo mismo, la indemnización

---

<sup>172</sup> Cfr. Álvaro Vidal Olivares. “Indemnización de daños y la opción del acreedor”. *Óp. cit.*, p. 341.

<sup>173</sup> Carlos Pizarro Wilson. “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”. *Óp. cit.*, p. 309.

<sup>174</sup> Rafel Verdera Server. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. *Óp. cit.*, p. 102.

<sup>175</sup> *Vid. Supra* § II.B.4.



compensatoria no nace con el débito sino una vez incumplido el contrato. No es que el deudor deba alternativamente dos cosas, sino que frente al incumplimiento del deudor la ley otorga un derecho potestativo al acreedor de escoger entre ambas. El error de Alessandri es confundir a la obligación alternativa con el derecho potestativo que otorga la ley por el hecho del incumplimiento.

Asimismo, es insuficiente el argumento de que si se aceptase la indemnización compensatoria directa se vulneraría el principio de identidad en el pago ya que se obligaría al deudor a pagar algo distinto pero equivalente de lo pactado. El pago es el efecto obligacional por antonomasia y, como tal, está pensado para cuando no es necesario recurrir al órgano jurisdiccional para tutelar el derecho de crédito. Es correcto que el acreedor no puede ser obligado a aceptar una prestación diferente, ni tampoco el deudor ser forzado a darlo, pero aquel principio tiene aplicación únicamente en la ejecución normal del contrato. Una vez que se incumple el contrato, el acreedor puede elegir entre el abanico de remedios establecidos en el CC para tutelarlos contra el incumplimiento contractual, remedios entre los que consta la indemnización compensatoria, sea la obligación de dar, hacer o no hacer.

Así, el Art. 1569 por la mora en el cumplimiento de las obligaciones de hacer, no exige que exista imposibilidad de cumplimiento para poder acceder a la indemnización compensatoria, sino que permite optar directamente por ella al mismo nivel que la ejecución por un tercero. De igual manera, el Art. 1571 respecto del incumplimiento de las obligaciones de no hacer permite demandar directamente la indemnización compensatoria sin que sea requisito la imposibilidad sobrevenida. En una lectura apresurada de únicamente el primer inciso, parecería que existe una jerarquía hacia el cumplimiento específico; jerarquía que en realidad es inexistente.

El primer inciso del Art. 1571 prescribe que “toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho”.<sup>176</sup> Podría pensarse que impone una jerarquía hacia el cumplimiento específico ya que permite optar por la indemnización compensatoria en un supuesto de imposibilidad. Sin embargo, el primer inciso simplemente reconoce lo que es: no puede cumplirse lo imposible y al acreedor únicamente le queda exigir la indemnización compensatoria.

---

<sup>176</sup> CC. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Los incisos restantes del Art. 1571 prescriben que:

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos.

El acreedor quedará de todos modos indemne.<sup>177</sup>

Por lo mismo, incluso si se puede destruir lo hecho, la norma permite que no se exija el cumplimiento si esto es innecesario para el objeto que se tuvo en vista. A lo que apunta la norma no es a que la obligación se cumpla lisa y llanamente *in natura* sino que protege el interés del acreedor al contratar, pudiéndose acudir a otros medios para dejar al acreedor indemne; medios precisamente como la indemnización compensatoria.

Si se revisan los Proyectos de Bello, también es claro que el CC permite la indemnización compensatoria directamente. Como manifestamos con anterioridad, el Proyecto de 1853 en la condición resolutoria tácita permitía la indemnización “si no fuere ya posible cumplirlo”.<sup>178</sup> No obstante, esto no duró mucho, pues el Proyecto inédito elimina que la indemnización procede únicamente por imposibilidad y, con ello, deja abierta la puerta a que se lo demande cuando el cumplimiento *in natura* es todavía posible.

Podría sostenerse que a falta de norma no procede la indemnización compensatoria en la obligación de dar. Sin embargo, la responsabilidad contractual en las obligaciones positivas opera desde la mora de conformidad con el Art. 1573. Al no distinguir la norma entre la obligación de dar y de hacer, no debe distinguirse entre ellas, debiéndose la indemnización desde la mora y no desde la imposibilidad.<sup>179</sup> Así también lo advierte Ospina Fernández quien manifiesta que en el “ordenamiento civil no es necesario, para deducir la responsabilidad del deudor culpable, averiguar la posibilidad que este tenga de cumplir en el futuro o de corregir lo que haya ejecutado mal, sino que simplemente basta que dicho deudor esté constituido en mora”.<sup>180</sup>

En consecuencia, los Arts. 1569 y 1571 del CC no son normas excepcionales, sino que determinan la regla general. Independientemente de la prestación, el acreedor puede optar entre el cumplimiento específico o la indemnización compensatoria. Esto se

---

<sup>177</sup> CC. Art. 1571. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>178</sup> Andrés Bello. Obras completas de Don Andrés Bello. Volumen XII. *Óp. cit.*, p. 394.

<sup>179</sup> *Cfr.* Jorge Oviedo Albán. “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14 (2009), p. 209.

<sup>180</sup> Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. *Óp. cit.*, p. 92.

confirma atendida la cláusula penal que no discrimina respecto a si la obligación incumplida es de dar, hacer o no hacer y que sin embargo se debe la obligación principal o la pena.

Esta discriminación injustificada de la obligación de dar precisamente ha sido denunciada por la Corte Suprema de Colombia bajo la consideración que:

[S]ólo quedarían por fuera, en lo que concierne al derecho de exigir indemnización compensatoria en cumplimiento del contrato, las obligaciones de dar y las de entregar o restituir cosa material. ¿Por qué este supuesto tratamiento discriminatorio, desde todo punto de vista inadmisibles? No hay un solo motivo que lo justifique. Donde hay la misma razón debe haber siempre la misma disposición. En cuanto toca con sus efectos, las obligaciones no son de mejor o peor categoría.<sup>181</sup>

Por último, la falsa preponderancia del cumplimiento específico en la obligación de dar genérica, en la práctica, pierde absolutamente sentido. Aun si el acreedor demandó el cumplimiento específico y el juez en el procedimiento ordinario así lo declara, nada le garantiza que efectivamente obtendrá el cumplimiento forzado de la obligación de dar genérica y no su valor. El Art. 367 del Código Orgánico General de Procesos prescribe:

Cuando se trate de deuda de género determinado, la o el juzgador dictará mandamiento de ejecución ordenando que la o el demandado, consigne la cantidad de bienes genéricos o deposite el importe de dichos bienes a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, bajo prevenciones de proceder al embargo de bienes suficientes en la forma prevista por este Código.<sup>182</sup>

En consecuencia, incluso si el acreedor demandó el cumplimiento específico de la obligación de dar genérica y existe una sentencia ejecutoriada que así lo reconoce, basta que el deudor moroso no cumpla la sentencia para que ese derecho al cumplimiento específico se esfume. Al momento que el acreedor ejecute la sentencia ejecutoriada, el deudor podrá consignar la cosa genérica o su precio corriente y no hay nada que pueda hacer el acreedor para cambiar ese inevitable destino.

### **E. Los principios de reparación integral, conservación del contrato, economía procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva**

La autonomía indemnizatoria conlleva directamente a la consagración del principio de reparación integral. Este principio, de amplia recepción entre los ordenamientos jurídicos modernos, implica que se repare “todo el daño y nada más que el daño”.<sup>183</sup> De

---

<sup>181</sup> Jorge Oviedo Albán. “Exclusión tácita de la ley aplicable...”. *Óp. cit.*, p. 212.

<sup>182</sup> Código Orgánico General de Procesos. Art. 367. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

<sup>183</sup> Carmen Domínguez Hidalgo. “El principio de reparación integral del daño: sus contornos”. *Estudios de Derecho Civil VIII*. Carmen Domínguez Hidalgo *et al* (coords.). Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 567.

manera que intenta fijar las dimensiones de la reparación con relación al daño. Sin embargo, la tesis de la acción accesorio pervierte el principio. Pese a que el acreedor tenga el derecho al resarcimiento del daño por el incumplimiento, los jueces declaran improcedente la demanda por no haberse exigido el cumplimiento o la resolución del contrato.

Esta limitación al principio de reparación integral es claramente ilegal e injustificada. Nada en la ley permite que se declare improcedente la indemnización de perjuicios si se han cumplido los requisitos de la responsabilidad contractual. De mantenerse la tesis de la accesoriedad, existiría una completa vulneración al principio de reparación integral pues no se trata de que no se indemnice todo el daño, sino que, si el acreedor no demanda el cumplimiento o la resolución, lisa y llanamente no se indemniza nada.

Sorprende esta postura si se atiende a que el principio de reparación integral está consagrado no solo en el CC<sup>184</sup>, sino también en la Constitución. La Constitución de Montecristi incorpora expresamente este principio en materia de víctimas de infracciones penales, derecho del consumidor, garantías jurisdiccionales, daños ambientales y racismo y otras formas de discriminación a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.<sup>185</sup> Ciertamente es que no existe una consagración constitucional expresa de la reparación integral en materia contractual, pero el derecho de crédito es digno de protección sea porque la Constitución reconoce la libertad contractual, sea porque la Constitución reconoce el derecho a la propiedad en todas sus formas y el derecho de crédito es una cosa incorporal objeto de la misma.<sup>186</sup>

La reparación integral es un importante principio que solidifica la idea de la autonomía de la acción indemnizatoria desde un doble punto de vista. En primer lugar,

---

<sup>184</sup> El principio de reparación integral se entiende recogido en el principio *alterum non laedere* presente en el Art. 2229 del CC. Pese a que esté presente en la regulación de la responsabilidad extracontractual, el principio también es aplicable en la responsabilidad contractual con ciertas limitaciones como el de la imprevisibilidad del daño. También podría afirmarse que el principio de reparación integral implica que se indemnice todo el daño resarcible y que en la responsabilidad contractual el daño imprevisible no es un daño resarcible, por lo que no existiría limitación al principio. *Vid. Id.*, pp. 564-565.

<sup>185</sup> Constitución. Arts. 78, 52, 86, 397 y 57. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>186</sup> La Constitución consagra el derecho a la libertad contractual en el Art. 66.16. Asimismo, reconoce el derecho a la propiedad en el art. 66.26. (Constitución. Art. 66 incisos 16 y 26. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008). Sobre la tutela del crédito según Peñailillo Arévalo “el crédito debe ser protegido por el ordenamiento, como activo económico procedente el contrato, y como cosa (incorporal) objeto de propiedad (así al menos entre nosotros, conforme a las reglas del Código Civil y de la Constitución)”. (Daniel Peñailillo Arévalo. “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”. *Revista de Derecho* 231-232 (2012), p. 9).

podría sostenerse que la autonomía indemnizatoria es el único mecanismo por el cual el acreedor puede acceder a la utilidad del contrato por el interés contractual positivo o de expectativa, principalmente, el valor de la prestación. Es claro que no puede acumularse la indemnización compensatoria al cumplimiento del contrato pues se obtendría un doble pago. Sin embargo, se ha discutido si es compatible la resolución con la indemnización compensatoria.

Por una parte, la resolución destruye el contrato y restituye a las partes a la situación anterior al mismo, mientras que la indemnización compensatoria dejaría al contratante que se le ha restituido lo debido en una situación patrimonial como si el contrato hubiese sido cumplido.<sup>187</sup> Se ha sostenido que la acción resolutoria y la indemnización compensatoria son incompatibles pues existiría ineficacia y eficacia del contrato al mismo tiempo, razón por la que se debe indemnizar el interés contractual negativo o de confianza.<sup>188</sup> En consecuencia, la indemnización que acompaña a la resolución no es para dejar al acreedor en una situación como si el contrato hubiese sido cumplido, sino como si el contrato nunca hubiese sido celebrado.

Otros autores como Pantaleón Prieto sostienen que no existe contradicción cuando se exige la resolución con indemnización por el interés contractual positivo. Pantaleón Prieto sostiene:

[N]o existe contradicción alguna [...]. El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada. Como me resulta palmario que la voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la voluntad del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad y anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento, no puedo estar de acuerdo [...]. Por no mencionar que en modo alguno es seguro que, en todos los casos de nulidad y anulabilidad del contrato imputable a una de las partes, la pretensión indemnizatoria de la otra haya de limitarse siempre al interés contractual negativo.<sup>189</sup>

Más allá de esta discusión, para efectos de la hipótesis de esta tesina, si se cree que no es compatible la resolución con la indemnización de perjuicios por el interés

---

<sup>187</sup> Vid. Rodrigo Martín Pellejero. “Daños y perjuicios en la resolución contractual por incumplimiento. Revisitando el plenario “civit”, más de veinte años después, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial”. *Papeles* 17 (2016), p. 113.

<sup>188</sup> Respecto de la problemática, vid. Fernando Pantaleón Prieto. “Resolución por incumplimiento e indemnización”. *Anuario de derecho civil* 42/4(1989), pp. 1143-1168.

<sup>189</sup> *Id.*, pp. 1165-1166.

positivo, la autonomía indemnizatoria sería el único mecanismo que permitiría que el acreedor obtenga monetariamente la utilidad que le reportaba el cumplimiento del contrato. Por consiguiente, la autonomía indemnizatoria permite la reparación integral desde el punto de vista que le permite al acreedor acceder a la utilidad del contrato, especialmente al valor de la prestación, cuestión imposible si se demandase la indemnización de perjuicios acompañada del cumplimiento o la resolución.<sup>190</sup>

Por otra parte, si se entiende que no hay incompatibilidad, la diferencia entre demandar la indemnización autónomamente o acompañada de la resolución también sería notable. Si bien tanto en la acción autónoma como accesoria el acreedor podría acceder a rubros por el valor de la prestación, la autonomía indemnizatoria permite la conservación del contrato si este es de tracto sucesivo, cuestión que claramente no sucede si se la acompaña de la resolución.<sup>191</sup>

En segundo lugar, consideramos que la reparación integral permite la autonomía indemnizatoria desde el punto de vista que es el acreedor quien escoge la mejor forma de reparar el daño. Cuando se demanda la indemnización de perjuicios autónoma, es el acreedor víctima del incumplimiento quien escoge el mecanismo que de mejor forma repare los daños causados. Qué mejor manera de reparar integralmente que cuando la víctima que ha sufrido las consecuencias del quebrantamiento de la palabra empeñada escoge la indemnización autónoma puesto que a diferencia de otros remedios, esta le permite reparar el daño por el valor de la prestación.

Si el CC permite desde su Proyecto inédito acumular la indemnización de perjuicios al cumplimiento o la resolución del contrato, no es sino por el principio de economía procesal. Este principio implica que “debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de actividad procesal”.<sup>192</sup> Para evitar dos procesos distintos, se reconoce que el acreedor puede acumular la indemnización de perjuicios. Al mismo tiempo que se aminora la actividad procesal, se disminuye el costo que tendría que soportar el acreedor al ventilar dos procesos. ‘Con indemnización de perjuicios’ no significa que la indemnización necesite escolta para prosperar. Tampoco implica que la indemnización

---

<sup>190</sup> Cfr. Álvaro Vidal Olivares. “Indemnización de daños y la opción del acreedor”. *Óp. cit.*, p. 345.

<sup>191</sup> Vid. *Supra* § IV.C.3.

<sup>192</sup> Hernando Devis Echandía. *Teoría General del Proceso*. Reimpresión 3ra. Ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004, p. 66.

indefectiblemente deba ser acumulada, tan solo significa que si así es conveniente para el acreedor, este lo puede demandar así.

Si el juez declara improcedente la demanda por el simple hecho que el acreedor no acumuló las pretensiones, existe una peligrosa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de rango constitucional<sup>193</sup> que impone a los jueces el deber de garantizar la tutela efectiva de los derechos independientemente de la materia, el derecho o la garantía exigida.<sup>194</sup> El acreedor que demandó la indemnización autónoma y que ha probado la responsabilidad contractual del deudor, tiene derecho a obtener una sentencia motivada sobre su pretensión. Más allá de no haberla acumulado, el Estado al acaparar la administración de justicia le debe una respuesta motivada y congruente sobre la misma. Sin embargo, si el juez declara improcedente la acción por el solo hecho de no haber exigido el cumplimiento o la resolución, existe una clara vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pues se desecha la demanda sin análisis de la pretensión y la prueba de los hechos alegados y sin que una norma lo permita.<sup>195</sup>

## **V. CAPÍTULO III: CASOS DE AUTONOMÍA INDEMNIZATORIA**

En el Capítulo II se ha sostenido que la mención a la indemnización de perjuicios del Art. 1505 del CC es para recalcar que es posible acumularla al cumplimiento o la resolución del contrato. De manera que el precepto solo lo permite, pero no lo exige. Sin

---

<sup>193</sup> El Art. 75 de la Constitución prescribe que “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. Constitución. Art. 75. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>194</sup> Según el Art. 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, “la Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso”. Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 23. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

<sup>195</sup> El Art. 11 numeral 3 de la Constitución prescribe que “para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”. Constitución. Art. 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

embargo, pese a que esta posibilidad depende del arbitrio del acreedor, esta tesina no estaría completa si no se fijan ciertos casos en que para el acreedor es conveniente la indemnización autónoma o que simplemente no le queda de otra que demandarlo autónomamente. Es necesario advertir al lector, sin embargo, que la taxatividad no es uno de los fines de esta sección pues entendemos que las aristas de la contratación son infinitas. Entre los casos de autonomía de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato bilateral se encuentran:

### **A. Incumplimiento en que el acreedor desea mantener el contrato**

En los contratos de tracto sucesivo puede suceder que dada la calidad de la cosa, el buen servicio del deudor o la importancia de que no se ejecute un hecho, pese a la mora o al incumplimiento, para el acreedor sea mejor opción mantener el contrato, pero que se le indemnicen los perjuicios por el incumplimiento. En estos supuestos, que hemos comentado en secciones anteriores<sup>196</sup>, el principio de conservación del contrato exige que el acreedor demande autónomamente la indemnización compensatoria, moratoria y otros daños, pero manteniendo la relación jurídica con el deudor. Si bien esta solución está contemplada en el Art. 1879 del CC respecto del arrendamiento de cosas, sin duda podría hacerse extensiva a otros contratos de tracto sucesivo.

### **B. Incumplimiento no relevante que causa daños al acreedor**

Discusión respecto del Art. 1505 es si cualquier incumplimiento permite resolver el contrato o, si es necesario uno dotado de relevancia.<sup>197</sup> Con ciertas excepciones en el pasado<sup>198</sup>, hoy en día es aceptada la tesis del incumplimiento relevante para el ejercicio de la acción resolutoria. Desde inicios del siglo XX, Claro Solar lo presentía<sup>199</sup> y en

---

<sup>196</sup> *Vid. Supra* § IV.C.3.

<sup>197</sup> El CC contiene ciertos rezagos de la relevancia necesaria para la resolución. *Vid.* CC. Arts. 1792 inciso final, 1880, 1913 y 1921. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>198</sup> Según Alessandri “como el artículo 1489 no distingue de qué naturaleza debe ser el incumplimiento, cualquiera de las obligaciones contraídas, una vez infringida importa el cumplimiento de tal condición. Aplicando el conocido aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir, hay que llegar a la conclusión de que cualquiera que sea la obligación infringida importa la realización de la condición resolutoria”. (Arturo Alessandri Rodríguez. *Teoría de la obligaciones. Óp. cit.*, p. 177).

<sup>199</sup> A su juicio, “lógicamente, y en la generalidad de los casos naturalmente también, no se ha de recurrir a la resolución, cuando la ejecución del contrato es aún posible; pues los contratos se hacen para cumplirlos, no para resolverlos”. (Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. *Óp. cit.*, p. 178).



nuestro medio más en la actualidad Luis Parraguez lo incluye como presupuesto de la acción resolutoria<sup>200</sup> y en recientes trabajos de titulación ha sido sostenido.<sup>201</sup>

Más allá de esta discusión, consideramos que en situaciones en las que el incumplimiento no alcance la relevancia necesaria para resolver el contrato, al contratante diligente le interesará optar por la indemnización autónoma. Especialmente le importará obtener una indemnización compensatoria equivalente del incumplimiento de escasa relevancia, la indemnización por la mora de este equivalente y otros daños. Por ejemplo, si en la compraventa de una casa se estipula que uno de los cuartos debe ser de color celeste y el vendedor lo pintó de azul marino, al comprador le interesará demandar la indemnización autónoma. No podría demandar la resolución ya que no hay relevancia. Por el tiempo que transcurrirá hasta que el vendedor lo pinte o que el juez autorice a un tercero, no le interesará demandar el cumplimiento específico. El comprador contratará alguien que lo pinte o simplemente lo pintará él mismo y optará autónomamente por la indemnización compensatoria, la moratoria del equivalente y otros daños de existirlos.

Enrique Barros, de alguna manera lo ha sostenido. Él se pregunta si en los casos de cumplimiento parcial o imperfecto procede siempre la resolución “¿o podría más bien pensarse que por el carácter relativo e insignificante del incumplimiento parcial, esto es, por el poco apreciable perjuicio que ello acarrea al contratante diligente, no debiera en ese caso proceder la resolución sino a lo más una indemnización equivalente a lo no cumplido?”.<sup>202</sup> Creemos que esta segunda opción es la correcta. La condición resolutoria tácita se funda en la equidad natural<sup>203</sup>, cuestión que dista de permitir la resolución a ultranza. La equidad está en la tutela de ambos contratantes.<sup>204</sup> Así, cuando el contratante diligente no pueda resolver el contrato por la irrelevancia del incumplimiento, lo natural, lo justo, lo equitativo es que se le permita acceder al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

---

<sup>200</sup> Vid. Luis Parraguez Ruiz. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano... Óp. cit.*, p. 228. En Chile, vid. Daniel Peñailillo Arévalo. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones. Óp. cit.*, pp. 406-410.

<sup>201</sup> Nicolás Esteban Larrea Fradejas. *La relevancia del incumplimiento contractual como presupuesto para el ejercicio de la acción resolutoria*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2017.

<sup>202</sup> Barros Bourie, Enrique. “La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones barros”. *Óp. cit.*, p. 172.

<sup>203</sup> Cfr. *Id.*, p. 187.

<sup>204</sup> Cfr. Claus Krebs Poulsen. “La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”. *Óp. cit.*, p. 857.

La autonomía indemnizatoria también se plasma en si el contratante diligente demanda la resolución con indemnización de perjuicios y el juez rechaza la resolución por tratarse de un incumplimiento no relevante.<sup>205</sup> En ese caso, la autonomía indemnizatoria consistirá en que el contratante será resarcido sin que haya vencido en la pretensión resolutoria o de cumplimiento específico. Descartado que exista causalidad entre resolución e indemnización como lo manifestamos en su momento<sup>206</sup>, el juez debe analizar la existencia de los daños y ordenar que se resarzan si existe responsabilidad contractual. La reparación integral y la tutela judicial efectiva así lo exigen.

### **C. Indemnización moratoria por el cumplimiento tardío**

Este supuesto puede ser ilustrado a través del Caso *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*<sup>207</sup>, en que se demandó autónomamente la indemnización de perjuicios por la entrega tardía de unos departamentos de conformidad a un contrato de asociación para la construcción. López y Jaramillo demandaron al Arq. Carvajal Rousseau la pena de una cláusula penal por 30 millones de sucres, así como las costas, honorarios profesionales, el valor de los impuestos prediales y los cánones de arrendamiento que tuvieron que pagar desde el momento que se les debía entregar los departamentos hasta el momento de la entrega.<sup>208</sup> Dado que se trataba de un contrato bilateral, la CSJ sostuvo que los actores para acceder a los daños y perjuicios debían demandar el cumplimiento o la resolución. Asimismo, ya que en el proceso no constaba cuándo los fueron entregados los departamentos, pero se sabía que fueron entregados porque los actores los habían vendido, se sostuvo que era necesario el requerimiento judicial para constituir al Arq. Carvajal Rousseau en mora. Según la CSJ:

Como los propietarios han realizado las ventas en las fechas indicadas, los departamentos vendidos debieron encontrarse en poder de los vendedores con anterioridad a dichas fechas, sin que conste en el proceso cuando fueron entregados para poder establecer la existencia o no de la mora, porque si ya recibieron los departamentos se entendería que fueron entregados en el plazo estipulado en el

---

<sup>205</sup> En contra, Contardo González manifiesta que “si el incumplimiento no es calificado de resolutorio, entonces, el juez no podrá dar lugar a la demanda de resolución, y subsecuentemente deberá rechazar los perjuicios que siguen a la resolución: los perjuicios resolutorios”. Juan Ignacio Contardo González. *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2015, p. 127.

<sup>206</sup> *Vid. Supra* § IV.C.2.

<sup>207</sup> *Vid. Supra* nota 47.

<sup>208</sup> Por la pretensión entendemos que se había pactado la posibilidad de acumular la indemnización de perjuicios a la cláusula penal. De lo contrario, solo podría demandar la cláusula penal atendido el Art. 1559 del CC.

contrato; y si fue después de fenecido el plazo la entrega, implicaría la aceptación tácita de un nuevo plazo. Por tanto era menester el requerimiento judicial.<sup>209</sup>

No compartimos en absoluto la posición de la CSJ. No era necesario del requerimiento judicial para la constitución en mora. Existía un plazo en el contrato y como bien se sabe el tiempo interpela por el hombre. El acreedor no era responsable de que no conste en el proceso la fecha de entrega, pues había probado la existencia de la obligación. A quien correspondía verdaderamente la prueba de la entrega y su diligencia era al deudor.<sup>210</sup> No probada la fecha de entrega, la ley presume su culpa y nadie más que el deudor debía soportar las consecuencias desfavorables en el proceso.

Tampoco estamos de acuerdo en que si el acreedor aceptó la entrega tardía, esto implica necesariamente que otorgó tácitamente un nuevo plazo. Esto sería sostener que aceptar tardíamente la entrega constituye una renuncia tácita de la indemnización ya que no existiría mora. Definitivamente este no es el caso. En ocasiones, el acreedor debe aceptar la entrega tardía para mitigar los daños, pues en materia contractual la buena fe lo impone. Si el acreedor no aceptase la entrega, habría un mayor daño al tener que gastar más en cánones de arrendamiento. Pero este daño no sería consecuencia directa del incumplimiento sino de la mora en recibir y de la falta de mitigación. Esto conlleva nefastas consecuencias para el acreedor ya que el deudor tiene derecho a que se rebaje el monto por ese daño y quedará descargado del cuidado ordinario de los departamentos al existir mora del *accipiens*. No se trata de un nuevo plazo tácito, sino que la buena fe le exige aceptar la entrega para no agravar el daño.

La CSJ sostuvo que pese al cumplimiento tardío, debía demandarse el cumplimiento o la resolución para acceder al resarcimiento por la indemnización moratoria.<sup>211</sup> Este es un claro ejemplo de que la supuesta literalidad del Art. 1505 del CC es patógena cuando es llevada a ultranza. No vemos cómo se puede sostener esto. Si el deudor ya entregó tardíamente los departamentos, es ilógico que el acreedor demande la entrega de lo entregado o la resolución de un contrato ya cumplido. Bajo estas circunstancias es claro

---

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> *Vid.* CC. Arts. 1715 y 1563. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>211</sup> En igual sentido, Ponce Martínez manifiesta que “la indemnización de perjuicios es, de modo general, un derecho accesorio del acreedor, exigible por el incumplimiento o mora, pero no independiente de la exigencia de que se cumpla el contrato o de la pretensión de resolver o terminar el contrato. Es el contrato fuente de la obligación y lo es también del deber que tiene el deudor de indemnizar los daños que ocasiona a su acreedor *por su incumplimiento o cumplimiento tardío de la obligación* [énfasis añadido]”. (Alejandro Ponce Martínez. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. *Óp. cit.*, p. 78).

que la indemnización moratoria por el cumplimiento tardío siempre debe demandarse autónomamente. No solo el CC lo permite, sino que la lógica lo exige.

La autonomía de la indemnización moratoria por cumplimiento tardío también lo ha reconocido Sergio Gatica quien manifiesta:

hay casos en los que es perfectamente factible intentar directamente la acción de perjuicios como consecuencia de la obligación, sin que sea menester demandar como principal la ejecución forzada o la resolución del contrato. Así ocurre, por ejemplo, cuando lo que se solicita es sólo el resarcimiento de los perjuicios experimentados con ocasión del cumplimiento tardío de un contrato, ya ejecutado a la época de la demanda.<sup>212</sup>

#### **D. Incumplimiento de obligación genérica**

Siempre que exista una obligación genérica, la autonomía de la indemnización de perjuicios se justifica. En la obligación genérica, el interés del acreedor se satisface no con la entrega de una especie o cuerpo cierto en manos del deudor, sino con la obtención de cualquiera de las cosas del género de la cantidad y calidad estipuladas. Así, el mercado puede plácidamente satisfacer el interés *in natura* del acreedor de una obligación genérica mediante una operación de reemplazo.

En la obligación genérica, la operación de reemplazo permite que el contratante cumplido satisfaga su interés *in natura* de la prestación sin exigir el cumplimiento del contrato.<sup>213</sup> El contratante diligente podrá acudir al mercado y realizar la operación de reemplazo bajo cargo del contratante incumplido a quien le demandará la indemnización de perjuicios por la diferencia de precio entre el contrato incumplido y la operación de reemplazo.<sup>214</sup> En esta situación, el contratante cumplido podrá optar por demandar la indemnización autónoma u optar por la discutida resolución con indemnización de perjuicios por el interés positivo.<sup>215</sup>

#### **E. Contrato terminado en el que existió un incumplimiento que causó perjuicios previos a su terminación**

Si un contrato se incumple y posteriormente este se termina porque transcurrió el tiempo de duración del contrato, la autonomía de la indemnización de perjuicios no solo es procedente, sino necesaria. Por ejemplo, un contrato de arrendamiento tiene un plazo de duración de doce meses. Transcurrido este tiempo, la cosa está deteriorada. De

---

<sup>212</sup> Sergio Gatica Pacheco. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato. Óp. cit.*, p. 39.

<sup>213</sup> Antonio Manuel Morales Moreno. *Claves de la modernización del Derecho de Contratos. Óp. cit.*, pp. 102-103.

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> *Vid. Supra* § IV.E.

manera que pese a que el contrato se encuentra terminado por el plazo de duración estipulado<sup>216</sup>, existen daños derivados del cumplimiento imperfecto de la obligación de conservar la cosa. En este caso, el arrendador demandará autónomamente la indemnización de perjuicios ya que el contrato se encuentra terminado.

Esto sucedió en el caso *Correa Valarezo c. Machado Paladines* en el que transcurrido el plazo de duración del contrato de obra de una vivienda, frente al incumplimiento del artífice, Correa Valarezo demandó autónomamente la indemnización de perjuicios. La CSJ sostuvo:

[E]sta Sala estima que la hipótesis contenida en el artículo 1505, [...] se refiere al caso en que estando vigente el contrato se ha producido el incumplimiento; así sería en las obligaciones de dar, cuando se ha pactado la entrega periódica de bienes hasta completar un total y se ha incurrido en un incumplimiento parcial o los contratos de mutuo, cuando el deudor debe pagar su deuda en cuotas y deja de pagar una de ellas; en el caso de las obligaciones de hacer, cuando la obra debe realizarse por etapas y con plazos para cada una de ellas y el contratista u obligado, no ha cumplido su compromiso en el avance parcial de la obra, pero tal situación no es aplicable al caso de un contrato cuyo vencimiento se ha producido precisamente por la terminación del plazo determinado por las partes, donde al estar extinguido el contrato, no se requería el demandar su resolución o extinción.<sup>217</sup>

Concordamos con la CSJ en que el Art. 1505 es aplicable únicamente cuando el contrato no se encuentra terminado. Sin embargo, como hemos fundamentado en este trabajo, en el supuesto no consentido que el Art. 1505 fuese aplicable a los contratos ya terminados, la norma no impide la autonomía de la acción de indemnización de perjuicios.<sup>218</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Este trabajo tiene por objeto analizar la aparente antinomia entre el Art. 1505 que consagra la condición resolutoria tácita y los Arts. 1569 y 1571. Se analizó si la indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer contenida en un contrato bilateral debe demandarse ‘juntamente y en

---

<sup>216</sup> El Art. 1891 del CC prescribe que “el arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente: [...] 2. Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo [...]”. CC. Art. 1891. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>217</sup> CSJ. Tercera Sala. *Correa Valarezo c. Machado Paladines*. Sentencia de 7 de febrero de 2007, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 4, p. 1421.

<sup>218</sup> El Laudo 003-03 acepta la procedencia de la indemnización autónoma cuando el contrato está terminado por un plazo. Sin embargo, también considera que “existen muchas circunstancias en las cuales, por hallarse terminado un contrato, o por ser imposible exigir su cumplimiento, puede demandarse la indemnización de perjuicios separadamente, como ocurre, por ejemplo en los contratos públicos, bajo determinadas circunstancias, o en aquellos casos en que por estar facultada contractualmente, una de las partes da por terminado un contrato”. *Vid. Supra* nota 40.

compañía' del cumplimiento o la resolución del contrato o si esta es una acción autónoma.

Descartamos desde un inicio el criterio que sostiene que, por especialidad, la acción indemnizatoria es autónoma en las obligaciones de hacer y de no hacer y accesoria en las obligaciones de dar. Mientras el Art. 1505 es aplicable al incumplimiento de un contrato bilateral, los Arts. 1569 y 1571 son para el incumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer, sin distinción respecto a si nacen de un contrato bilateral o no. Por lo que, a nuestro criterio, si las normas regulan cosas distintas no existe especialidad entre unas y otras pues en las obligaciones de hacer o de no hacer que tienen como fuente un contrato bilateral todas las normas deberían resultar aplicables.

En el Capítulo I se analizó la tesis que plantea que la indemnización de perjuicios es una acción accesoria y dependiente del cumplimiento o la resolución del contrato. Tras plantear la doctrina ecuatoriana y jurisprudencia de la CSJ y CNJ que por más de un siglo ha negado perpetua y sistemáticamente la indemnización autónoma independientemente de la prestación, analizamos los distintos fundamentos de esta tesis. La tesis de la acción accesoria parte de una interpretación gramatical de la expresión 'con indemnización de perjuicios' en el Art. 1505 del CC. Esta tesis sostiene que dado que la expresión significa 'juntamente y en compañía' ello implica que la indemnización de perjuicios debe demandarse junto al cumplimiento o la resolución. De igual manera, esta tesis se basa en la naturaleza de condición resolutoria del Art. 1505, la acción resolutoria o de cumplimiento de contrato como causa de la indemnización de perjuicios y que la indemnización compensatoria no puede demandarse directamente cuando el cumplimiento *in natura* es posible.

En el Capítulo II es donde sostuvimos nuestra hipótesis y yacen propiamente la mayoría de las conclusiones de este trabajo. A raíz de ello, concluimos que la acción de indemnización de perjuicios es una acción autónoma. Del hecho que el Art. 1505 prescriba 'con indemnización de perjuicios' no significa indefectiblemente que la norma no permita la autonomía indemnizatoria. Si la norma *in fine* y de paso se refiere a la indemnización de perjuicios, no es sino para recalcar que se trata de una acción acumulable al cumplimiento o la resolución del contrato. La norma solo lo permite, pero no lo exige.

El error está en considerar que el Art. 1505 contiene una fórmula específica de demandar. A nuestro criterio, se trata de una norma permisiva que reconoce los derechos del acreedor frente al incumplimiento contractual. La norma en ningún momento prohíbe la indemnización autónoma, sino que reconoce que el incumplimiento puede acarrear indemnización de perjuicios. Siendo la indemnización un derecho del acreedor, no hay razón para negársela cuando ha sido demandada autónomamente.

Nos parece inadmisibles la consideración que existe claridad en la gramática de la norma *in comento* y, por ello, no se debe atender al resto de elementos de interpretación de la ley para encontrar su espíritu. Sin embargo, el Art. 1505 del CC no es claro si la referencia a la indemnización es para convertirla en una acción accesoria o simplemente recalcar que por economía procesal se puede acumular al cumplimiento o la resolución del contrato. Es por esta razón que recurrimos también a la interpretación histórica, lógica y sistemática para descubrir el sentido de la norma.

Sostuvimos que la historia fidedigna del Art. 1505 del CC se encuentra en la comparación de los distintos Proyectos de Bello, así como en el Art. 1184 del *Code*. De este análisis concluimos que el sentido de la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ era resaltar que el contratante cumplido puede acumular el resarcimiento a las acciones de cumplimiento o resolución del contrato. Por un lado, cuando la condición resolutoria tácita aparece por primera vez en el Proyecto de 1853 de Bello, la indemnización de perjuicios parecía incompatible a las acciones de cumplimiento o resolución del contrato. Por esta razón en el Proyecto inédito se reformó la norma consagrando la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ para resaltar su posible acumulación a diferencia del anterior Proyecto.

Por otro lado, atendido el Art. 1184 del *Code* como antecesor directo del Art. 1505, se observó que en su redacción pareciere que la indemnización de perjuicios es únicamente compatible con la resolución y no con el cumplimiento. Es por esta razón que en el Art. 1505 antes de la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ se incorporó una coma inexistente en el *Code* para denotar su posibilidad de acumulación con ambas acciones. De una u otra manera, recurriendo a los Proyectos de Bello o al *Code*, la conclusión fue la misma. Si el Art. 1505 contiene la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ no es sino para recalcar que es compatible con el cumplimiento o la resolución del contrato.

La interpretación lógica y sistemática del CC en contexto con el ordenamiento jurídico ecuatoriano descarta todos los fundamentos de la tesis de la acción accesoria y confirma nuestra hipótesis de la autonomía indemnizatoria. En primer lugar, se descarta el argumento que propugna que la autonomía de la indemnización de perjuicios transgrede el efecto jurídico propio de la condición resolutoria tácita. Tras esbozar las enormes diferencias entre la condición resolutoria ordinaria y la condición resolutoria tácita, concluimos que el Art. 1505 es el *efecto anormal de los contratos bilaterales*. En consecuencia, si no se trata de una condición resolutoria, mal podría decirse que la autonomía indemnizatoria atenta contra su efecto propio.

A través de la interpretación lógica, también descartamos el argumento que asevera que la causa de la indemnización de perjuicios es la acción resolutoria o de cumplimiento de contrato. Para estos efectos, se recurrió a los Arts. 1572 y 1933 del CC que revelan que la causa de la indemnización de perjuicios no es la resolución o el cumplimiento del contrato, sino el incumplimiento imputable que causa perjuicios.

Si el sentido de la expresión ‘con indemnización de perjuicios’ fuese convertirla en una acción accesoria y dependiente esto se vería reflejado en distintas disposiciones del CC. Sin embargo, el CC admite la autonomía indemnizatoria en múltiples disposiciones. Así, el CC lo permite en contratos bilaterales en que se incumplan obligaciones de hacer o no hacer como en el arrendamiento de cosas, en el de construcción de una obra material y en la compraventa. De igual manera, independientemente de que se trate de un contrato bilateral, el CC admite esta autonomía en la obligación de dar garantizada con cláusula penal y en el cumplimiento imperfecto de una obligación de dar una especie o cuerpo cierto. El elemento sistemático también confirmó la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar. El CCo en la venta mercantil de cosa ajena y en el incumplimiento de la obligación de dar en una compraventa de cosa genérica revela la procedencia de la indemnización autónoma.

Concluimos que la razón por la que no existe una disposición en el CC que autorice la autonomía indemnizatoria por incumplimiento de una obligación de dar en el título ‘de los efectos de las obligaciones’ es por su emblemática forma de regulación. A diferencia de las obligaciones de hacer y de no hacer, la obligación de dar un cuerpo cierto constituía la obligación más importante en la época de Bello. Es por esta razón que la regulación de la obligación de dar un cuerpo cierto se encuentra a lo largo de todo



el Libro IV del CC a diferencia de la obligación de hacer o de no hacer que se encuentran más concentradas. Si Bello no estableció una norma en los efectos de las obligaciones sobre la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar era porque al estar regulada en todo el Libro IV resultaba innecesario; un criterio similar al que debió haber tenido al no crear un título especial para las obligaciones de objeto simple.

Por último, aun si se considerase que hay falta de ley sobre la autonomía indemnizatoria en la obligación de dar, esto podría integrarse analógicamente. La CISG que es parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano permite la autonomía indemnizatoria independientemente de la obligación. Por lo que bien podría integrarse esta supuesta laguna mediante la analogía.

En cuanto al argumento de que no puede demandarse directamente la indemnización compensatoria cuando el cumplimiento *in natura* es posible, pese a que consideremos que se trata de un problema distinto, lo analizamos y descartamos. Nuestra conclusión fue que el acreedor puede demandar directamente la indemnización pese a que el cumplimiento *in natura* sea todavía posible. Ni el *pacta sunt servanda*, ni el principio de identidad en el pago exigen al acreedor esperar a la imposibilidad. Si el CC permite demandar directamente la indemnización compensatoria en las obligaciones de hacer y de no hacer, no hay razón para discriminar a las obligaciones de dar, máxime si se tiene en cuenta su régimen de ejecución.

El Capítulo II concluyó con una revisión de los principios que permiten sostener nuestra hipótesis de autonomía indemnizatoria. La reparación integral, el principio de conservación del contrato y el derecho a la tutela judicial efectiva solidifican nuestra hipótesis de autonomía indemnizatoria.

El Capítulo III es meramente casuístico sobre situaciones en las que es conveniente para el acreedor la autonomía indemnizatoria. Si bien no intentamos ser taxativos porque entendemos que la contratación es infinita, consideramos que este trabajo no estaría completo sin esta sección. Así, sostenemos que se justifica la autonomía de la indemnización de perjuicios cuando: (i) el acreedor desea mantener el contrato de tracto sucesivo, (ii) el incumplimiento no es relevante, (iii) existió un cumplimiento tardío, (iv) se incumplió una obligación genérica o (v) transcurrió el tiempo de duración de un contrato en que hubo un incumplimiento anterior.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. 5ta. ed. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- Aguad Deik, Alejandra y Pizarro Wilson, Carlos. “Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual”. *Revista chilena de derecho privado* 9 (2007).
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Teoría de la obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar-Conosur, 1998.
- Alessandri, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio. *Tratado de las obligaciones: de las obligaciones en general y sus diversas clases*. 2da. ed. Santiago de Chile, 2001.
- Alcalde Rodríguez, Enrique. “La cláusula de “declaraciones y garantías” en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos”. *Actualidad Jurídica* 17 (2008).
- Arismendi, Pedro. “Autonomía de la acción de daños y perjuicios contractuales”. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 4 (1939).
- Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil: Primer Año*. 4ta. ed. Santiago de Chile: Nascimento, 1930.
- Barros Errázuriz, Alfredo. *Curso de Derecho Civil*. 4ta. ed. Volumen II. Santiago de Chile: Nascimento, 1932.
- Barros Bourie, Enrique. “La acción resolutoria frente al cumplimiento imperfecto de las obligaciones barros”. *Contratos*. Enrique Barros Bourie (Coord.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Bello, Andrés. *Obras completas de Don Andrés Bello*. Volumen XII. Santiago de Chile: Pedro Ramírez, 1888.
- Bello, Andrés. *Obras completas de Don Andrés Bello*. Volumen XIII. Santiago de Chile: Pedro Ramírez, 1890.
- Borja, Luis Felipe. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. Tomo I. Quito: Tip. de la Escuela de Artes y Oficios, 1899.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Tomo X. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

- Contardo González, Juan Ignacio. “Independencia de la acción de perjuicios en sede contractual. Corte Suprema, Primera Sala (civil), 10 de septiembre de 2013, rol 885-2013”. *Revista Chilena de Derecho Privado* No. 22 (2014).
- Contardo González, Juan Ignacio. *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2015.
- Coronel Jones, César. “Los seis errores más comunes en la interpretación jurídica ecuatoriana”. *Ius Humani* 1 (2008-2009).
- Corral Talciani, Hernán. *La “cláusula penal” función y eficacia del contrato penal en el Derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Montevideo: La ley, 2016.
- Devis Echandía Hernando. *Teoría General del Proceso*. Reimpresión 3ra. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.
- Díez Duarte, Raúl. *La Compraventa*. 2da. ed. Santiago de Chile: El Jurista, 2012.
- Domínguez Hidalgo, Carmen. “El principio de reparación integral del daño: sus contornos”. *Estudios de Derecho Civil VIII*. Carmen Domínguez Hidalgo et al (coords.). Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013.
- Fueyo Laneri, Fernando. *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*. 3ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- Gatica Pacheco, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1959.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída. *La cláusula penal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1981.
- Krebs Poulsen, Claus. “La inejecución de obligaciones esenciales como único fundamento suficiente para la llamada condición resolutoria tácita”. *Revista Chilena de Derecho* 26/4 (1999).
- Larrea Holguín, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. 3ra. ed. Volumen VII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. 3ra. ed. Volumen VIII. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Lemarie Muñoz, Karen Nicole. *La recepción del principio de conservación del contrato en el Derecho Civil chileno*. Tesis de grado. Universidad Austral de Chile. Quito, 2012.

- López Díaz, Patricia. “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”. *Revista Chilena de Derecho Privado* No. 15 (2010).
- López Díaz, Patricia. *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil: De las obligaciones*. 10ma. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Morales Moreno, Antonio Manuel. *Claves de la modernización del Derecho de Contratos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Reimpresión 8va. Ed. Bogotá: Temis, 2008.
- Oviedo Albán, Jorge. “Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena)”. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* 14 (2009).
- Oviedo Albán, Jorge. “Indemnización de perjuicios por vicios redhibitorios en el Código Civil chileno-colombiano”. *Vniversitas* 63/129 (2014).
- Pantaleón Prieto, Fernando. “Resolución por incumplimiento e indemnización”. *Anuario de derecho civil* 42/4(1989).
- Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Teoría General de las Obligaciones*. 1era. ed. Volumen I. Loja: UTPL, 2000.
- Parraguez Ruiz, Luis. “La responsabilidad precontractual por ruptura de las tratativas preliminares”. *Iurisdictio* XIV/16 (2015).
- Pellejero, Rodrigo Martín. “Daños y perjuicios en la resolución contractual por incumplimiento. Revisitando el plenario “civit”, más de veinte años después, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial”. *Papeles* 17 (2016).
- Peñailillo Arévalo, Daniel. “Algunas reformas a la resolución por incumplimiento”. *Revista de Derecho* 231-232 (2012).
- Peñailillo Arévalo, Daniel. *Obligaciones: Teoría General y Clasificaciones*. Reimpresión 1ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- Pizarro Wilson, Carlos. “La responsabilidad contractual en el derecho chileno: función y autonomía”. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. 1ra. ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.

- Pizarro Wilson, Carlos y Vidal Olivares, Álvaro. “Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual”. *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. 1ra. ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
- Ponce Martínez, Alejandro. “Responsabilidad Civil Extracontractual”. *Revista de la sección académica de ciencias jurídicas de la Casa de la Cultura ecuatoriana Benjamín Carrión V* (2015).
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 20/03/2018).
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <http://dle.rae.es/?id=A5cH5M4> (acceso: 08/06/2018).
- Rivas Cadena, Leonardo. *Derecho Civil Estudios del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano*. Tomo IV. 1ra. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1991.
- Rodríguez Russo, Jorge. “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”. *Revista de la Facultad de Derecho* 31 (2011).
- Ruz Lártiga, Gonzalo. *Explicaciones de Derecho Civil Obligaciones*. Tomo II. Santiago de Chile: Abeledo Perrot, 2011.
- Shakespeare, William. *Romeo y Julieta*. Bogotá: Péhuen, 2001.
- Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Colombia: Legis, 2003.
- Verdera Server, Rafel. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia: Real Colegio de España, 1995.
- Vidal Olivares, Álvaro. “Cambio de paradigma en el incumplimiento”. *Derecho de los contratos*. Jorge Oviedo Albán (Coord.). Buenos Aires: Astrea, 2017.
- Vidal Olivares, Álvaro. “Indemnización de daños y la opción del acreedor”. *Derecho de los contratos*. Jorge Oviedo Albán (Coord.). Buenos Aires: Astrea, 2017.

## **Jurisprudencia**

- Centro de Arbitraje y Mediación de la Amcham. Laudo 002-02. Gaceta Arbitral 1 de 2013.
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Amcham. Laudo 003-03. Gaceta Arbitral 1 de 2013.
- CSJ. Sentencia de 25 de febrero de 1904. Gaceta Judicial Serie 2 No. 91, p. 728.

- CSJ. *Santamaría c. Mora*. Sentencia de 6 de febrero de 1943. Gaceta Judicial Serie 6 No. 11, p. 264
- CSJ. *Kornetz c. Villacrés*. Sentencia de 6 de mayo de 1948. Gaceta Judicial Serie 7 No. 6, p. 601
- CSJ. *Vásconez Gómez c. Izquierdo*. Sentencia de 25 de julio de 1951. Gaceta Judicial Serie 7 No. 13, p. 1523.
- CSJ. *Egas c. Landeta*. Sentencia de 13 de febrero de 1953. Gaceta Judicial Serie 8 No. 5, p. 450.
- CSJ. *Alvarez Saá c. Ecuador*. Sentencia de 22 de noviembre de 1962. Gaceta Judicial Serie 9 No. 15, p. 1714.
- CSJ. *Muñoz López c. Dávila Molina*. Sentencia de 3 de marzo de 1970. Gaceta Judicial Serie 11 No. 8, p. 1143
- CSJ. Tercera Sala. *Torres Maldonado c. González Salvador*. Sentencia de 15 de diciembre de 1978. Gaceta Judicial Serie 13 No. 5, p. 1008.
- CSJ. *Reyes Navas c. Aztra*. Sentencia de 12 de noviembre de 1979. Gaceta Judicial Serie 13 No. 7, p. 1489
- CSJ. *Torres Chavarría c. Guevara Sarzosa*. Sentencia de 18 de julio de 1984. Gaceta Judicial Serie XIV No. 7, p. 1660.
- CSJ. *López y Jaramillo c. Carvajal Rousseau*. Sentencia de 30 de junio de 1999. Gaceta Judicial Serie 17 No. 1, p. 137.
- CSJ. *Checa Jácome c. Electro Ecuatoriana*. Sentencia de 30 de enero de 2001. Registro Oficial 355 de 26 de junio de 2001.
- CSJ. *Maxitrans c. Austrogas*. Sentencia de 27 de julio de 2001. Gaceta Judicial Serie 17 No. 6, p. 1597.
- CNJ. *Teleholding c. Pacifictel*. Sentencia de 14 de junio de 2007. Registro Oficial Suplemento 170 de 13 de abril de 2010.
- CSJ. Tercera Sala. *Correa Valarezo c. Machado Paladines*. Sentencia de 7 de febrero de 2007, Gaceta Judicial Serie XVIII No. 4, p. 1421.
- CNJ. *Valencia & Asociados c. Leo Burnett Colombiana y Leo Burnett Internacional*. Sentencia de 26 de julio de 2010. Registro Oficial Edición Especial 19 de 9 de julio de 2013.
- CNJ. *Velasco Becerra c. Andrade Morillo*. Sentencia de 8 de agosto de 2011. Registro Oficial Edición Especial 409 de 12 de marzo de 2013.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Transportes Aeropuerto Express c. LADECO*. Sentencia de 16 de agosto de 2007.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Steffen Cáceres c. Fundación Mi Casa*. Sentencia de 10 de septiembre de 2013.

Corte Suprema de Chile. Primera Sala. *Ampuero Ascencio c. Castillo Hernández*. Sentencia de 28 de enero de 2013.

### **Plexo Normativo**

CC. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

CCo. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

CISG. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

*Code*. 21 de marzo de 1804.

Código Civil de Venezuela de 1916. 4 de julio de 1916.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de marzo de 2009.

Constitución. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10 de julio de 2000.