

LA IMPLEMENTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL ECUADOR¹

THE IMPLEMENTATION OF THE EFFICIENT BREACH THEORY IN ECUADOR

Karola Micaela Torres Ortiz²
ktorres@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

Este trabajo analiza la aplicabilidad de la teoría del incumplimiento eficiente en el Ecuador. En primer lugar, se presentan las principales características de la teoría del incumplimiento eficiente y los obstáculos jurídicos para la implementarla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Más tarde, se analiza si la normativa ecuatoriana contempla una institución semejante al tratar sobre la ejecución forzada de las obligaciones de género. Con base en esto, se presenta una propuesta de reforma al Código Civil aplicable a las obligaciones de género que se inspiran en el incumplimiento eficiente.

ABSTRACT

This paper analyses the possibility to implement the Efficient Breach Theory in Ecuadorian Contract Law. First, we analyze the main features of the theory and the obstacles that its implementation would face in the Ecuadorian legal system. Second, we assess if there is a similar institution when dealing with the forced execution of generic obligations. Finally, we propose a reform to the Civil Code to the regime of generic obligations that is inspired in the efficient breach theory.

PALABRAS CLAVE

Incumplimiento eficiente; *Expectation Damages*; Cumplimiento forzado; Obligación; Género.

KEYWORDS

Efficient Breach; Expectation Damages; Judicial Execution; Obligation; Gender.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020
Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. **Dirigido por** Oswaldo Santos Dávalos

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

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN– 2. INCUMPLIMIENTO EFICIENTE– 2.1 ANTECEDENTES– 2.2 ¿PORQUÉ ES DESEABLE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS CONTRATOS? – 2.3 LA ESENCIA DE LA TEORÍA DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE – 3. OBSTÁCULOS JURÍDICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL ECUADOR – 3.1 SISTEMA DE DAÑOS – 3.2 QUEBRANTAMIENTO DE PRINCIPIOS RECTORES: EL *PACTA SUNT SERVANDA* – 3.3 LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA Y LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO FORZADO – 4. ¿CONTEMPLA NUESTRO ORDENAMIENTO SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO EFICIENTE? ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 367 DEL COGEP – 4.1 LA EJECUCIÓN FORZADA DE LAS OBLIGACIONES DE GÉNERO – 4.2 ESTÁNDAR DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL ARTÍCULO 367 DEL COGEP – 4.3 PROPUESTA DE REFORMA DE LEY – 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones jurídicas más importantes, en las que se ha basado el desarrollo de las sociedades y del comercio, es el contrato. El contrato es un acuerdo de voluntades que genera obligaciones. Sin embargo, existen casos en los que es más beneficioso para uno de los contratantes dejar de atender sus obligaciones pactadas porque dejan de convenir con sus intereses. Este escenario se ha estudiado en la doctrina y se lo conoce como el incumplimiento eficiente.

La teoría general de los contratos postula que el incumplimiento debe ser reprochado. La sanción frente al incumplimiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano depende del ámbito en el que se lo realizó. Para fines de este trabajo nos centraremos en el incumplimiento contractual de una obligación de dar. A lo largo de nuestro Código Civil, el régimen apoya al acreedor y reprende al deudor que por su propia negligencia no cumple con lo pactado. Esta reprensión toma el nombre de “responsabilidad contractual” en el mundo jurídico, la cual “[...] consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto”³.

Los casos en los que el deudor puede no ser responsable por su incumplimiento contractual están limitados a la existencia de caso fortuito⁴, entendido en nuestro ordenamiento como “[...] el imprevisto a que no es posible resistir (...)”⁵. Estos imprevistos pueden ser un terremoto, una pandemia, un naufragio, etc. A pesar de la obiedad de estos imprevistos, el artículo 1690 del Código Civil⁶ obliga al deudor a probar el acontecimiento sucedido como razón de su incumplimiento.

En un mundo jurídico globalizado, las necesidades de los contratantes pueden variar con rapidez. La teoría del incumplimiento eficiente contempla este supuesto, donde una nueva y mejor demanda ha aparecido pero posterior a un contrato celebrado previamente con otro demandante, referente a un mismo bien. Esta es una realidad comercial del día a

³ María Sara Rodríguez Pinto. “Responsabilidad por Incumplimiento de Contratos de Servicios. La Protección del Consumidor y del Cliente por prestaciones defectuosas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Vol. 41, No.3 (2014), 792.

⁴ Ver, Artículos 1563, 1574 y 1688, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 8 de julio de 2019.

⁵ Artículo 30, CC.

⁶ Ver, Artículo 1690, CC.

día donde uno de los contratantes prefiere incumplir un contrato porque le resulta más beneficiosa la nueva oferta presentada.

En nuestro ordenamiento, no existe una institución similar al incumplimiento eficiente. El objeto del presente trabajo es analizar hasta qué punto es factible la implementación de esta teoría del incumplimiento eficiente en el Ecuador. Se analizará el cumplimiento forzado de las obligaciones de género, que contiene una figura que guarda semejanzas con el incumplimiento eficiente. Finalmente, este trabajo propone una reforma de ley para la implementación de la figura del incumplimiento eficiente en las obligaciones de género.

2. INCUMPLIMIENTO EFICIENTE

El incumplimiento de un contrato va en contra de lo que se persigue al crearlo. Los contratos se pactan para cumplirse⁷. Sin embargo, existen escenarios en los que el deudor podría preferir incumplir el contrato. La propuesta del incumplimiento eficiente tiene un trasfondo económico que representa un beneficio detrás del incumplimiento. Se analizará qué comprende y qué no comprende el incumplimiento eficiente a través del desarrollo teórico de la figura, y su posible aplicación en el Ecuador. En primer lugar, se expondrá cuáles son los antecedentes necesarios para su aplicación. En segundo lugar, se analizarán las consecuencias de incumplir un contrato. Finalmente, se darán las razones por las cuales el incumplimiento eficiente altera las consecuencias que en principio derivarían del incumplimiento contractual.

2.1. Antecedentes

La teoría del incumplimiento eficiente, propuesta inicialmente por Richard Posner⁸, parte de la premisa que incumplir un contrato puede reportar mayores beneficios económicos que cumplirlo. Sucede cuando una de las partes decide dejar de cumplir un contrato debido a que existe una mejor oferta que se ha dado a conocer luego de su celebración⁹. Para aplicarla, se deben analizar factores externos al mero incumplimiento del contrato. La eficiencia económica de incumplir el pacto necesita que la segunda oferta sea suficientemente buena como para que quien decide incumplir pueda correr con todos los costos que genera su incumplimiento, como indemnizar a su acreedor, y tener un beneficio económico mayor al que le hubiera reportado el primer contrato. En este escenario, existe un supuesto de eficiencia que justificaría el incumplimiento.

Sin embargo, existe el cuestionamiento de ¿por qué incumplir? ¿cuáles son los motivos o justificativos? Si bien el fenómeno del incumplimiento de contrato se estudia como un problema jurídico, lo que se valora realmente dentro de este concepto son consideraciones económicas detrás del incumplimiento. La doctrina del incumplimiento eficiente prioriza la eficiencia de la economía sobre la fuerza vinculante de un contrato.

El postulado completo acerca de la teoría del incumplimiento eficiente se compone de dos reglas. La primera es que exista una circunstancia en la que el

⁷ Ver, Luis Claro Solar, *Explicaciones del derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Imprenta Nacimiento, 1936), 215.

⁸ Ver, Felipe Jiménez. “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2017), 107.

⁹ Ver, Renzo Saavedra Velazco. “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?”, *Themis 58 Revista de Derecho* (2010), 259.

incumplimiento reporta mayores beneficios económicos que el cumplimiento. La segunda es que quien incumple indemnice los daños causados a su acreedor primigenio. Ello debido a que, “[c]uando se establece un incumplimiento contractual se plantea el problema de encontrar el remedio apropiado”¹⁰, es decir, la vía idónea para indemnizar los perjuicios.

El “remedio apropiado” está regulado en nuestro sistema por el régimen de la responsabilidad civil contractual. Para que la fórmula del incumplimiento eficiente funcione de manera adecuada, se deben tomar en cuenta los que el derecho común denomina como *expectation damages*, que son conocidos como la pérdida de ganancias esperadas del contrato. A diferencia de Estados Unidos, en Ecuador el incumplimiento de un contrato bilateral puede tener como resultado su cumplimiento forzoso o su resolución, con la respectiva indemnización de daños y perjuicios, la cual se calcula en base a el daño emergente¹¹ y el lucro cesante¹². Además, en materia contractual, el contratante incumplido responde solamente por los daños previsibles, salvo que haya actuado con culpa grave o dolo¹³. Por otro lado, en el sistema del *common law* “[e]l deber de cumplir un contrato (...) no significa más que la predicción de que uno debe pagar un resarcimiento si es que no lo cumple, y nada más que ello”¹⁴.

2.2. ¿Por qué es deseable la ejecución forzosa de los contratos?

Cuando se celebra un contrato se espera que sea cumplido. No se contrata esperando incumplir, “[...] ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos”¹⁵. Es por ello que el acreedor tiene la facultad de demandar judicialmente la ejecución del contrato. Pero, ¿cuáles son los motivos por los que resulta necesario que se pueda reclamar a los jueces por un incumplimiento? La doctrina explica que existen tres:

El primer motivo es que, sin la ejecución forzosa, una de las partes podría apropiarse de los fondos que han sido entregados con la finalidad de ejecutar las obligaciones del contrato. En lugar de utilizar los fondos para los fines del contrato, el contratante incumplidor podría apropiárselos, generando un evidente costo de agencia.

¹⁰ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown and Company, 1973), 199.

¹¹ La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador se refirió al daño emergente en la gaceta judicial 10 del 29 de octubre del 2002, como: “[...] la pérdida. O disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido”.

¹² La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador se refirió al lucro cesante en la Causa No. 79-2003 del 19 de marzo de 2003, como: “El daño material, con menoscabo del patrimonio material en si mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. [...] El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado el damnificado”.

¹³ Al respecto el Artículo 1574 del Código Civil manda expresamente: “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. Pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación, o de haberse demorado su cumplimiento. La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

¹⁴ Oliver Wendell Jr. Holmes. “The path of the law”. *Harvard Review* 10 (1897), 457-460. (traducción no oficial)

¹⁵ Causa no. 146-2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2001, pág. 4.

En este caso, “[l]a apropiación es redistributiva (...)”¹⁶, y dicha redistribución únicamente beneficia a la parte que ha recibido los fondos para ejecutar el contrato a expensas de quien los ha entregado¹⁷. Si no existe manera de exigir el cumplimiento forzado de un contrato, entonces habrá circunstancias en las que el acreedor preferiría no contratar con el agente precisamente por el riesgo de ese oportunismo.

La segunda razón es la falta de entrega del bien en cuestión. Esto puede suceder por motivos tales como el aumento del costo para la entrega o que una mejor oferta ha aparecido (que es un punto al que volveremos más adelante). Finalmente, la ejecución forzosa es deseable ya que sin ella una de las partes podría negociar de manera oportunista y variar el precio que ya ha sido pactado previamente. El resultado sería una reducción abismal del valor del contrato y desalentaría su ejecución¹⁸.

Aparte de los motivos expuestos, la ejecución forzosa es un incentivo para cumplir los contratos, pues esta trae consigo la obligación de indemnizar perjuicios. Cuanto mayor sea la medida del daño, mayor es el incentivo al cumplimiento¹⁹. De todas formas, muchas veces las indemnizaciones recibidas por un daño ocasionado no lo resarcen por completo. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “[...] cuando lo que se va a recibir no cubre un daño o perjuicio que ha afectado a quien lo recibe no se puede hablar de una indemnización (...).”²⁰ Por esta razón, de igual manera resulta deseable la ejecución forzosa.

La ejecución forzosa es deseable porque proporciona seguridad jurídica frente a un incumplimiento contractual. Sin embargo, entraña un costo por el inicio y desarrollo de un proceso judicial para solicitar el cumplimiento del contrato. Dicho proceso puede resultar más costoso que el beneficio esperado por la ejecución de la obligación, por lo que el acreedor podría terminar asumiendo el costo del incumplimiento.

La ejecución forzosa tiene como aspecto desfavorable que el acreedor tiene que asumir los costos del trámite derivado del incumplimiento. El incumplimiento eficiente otorga la posibilidad de pagar el valor del bien, objeto de la obligación, y la indemnización del daño ocasionado, sin la necesidad de iniciar un proceso judicial.

2.3. La esencia de la teoría del incumplimiento eficiente

¿Qué ocurre si un tercero que ofrece al vendedor un mejor precio que el ofrecido por el comprador? Con ese supuesto inicia el análisis para diferenciar entre un incumplimiento común y el incumplimiento eficiente. Se lo puede explicar por medio de un ejemplo. Supongamos que X le vende a Y 100 tornillos a un precio de 10 centavos el tornillo. Se acuerda que se hará la entrega en montos de 25 tornillos cada mes durante cuatro meses. Cabe mencionar que este tipo de cumplimiento es uno de los requisitos de

¹⁶ “Cooperation is productive, whereas appropriation is redistributive.” Robert Cooter y Thomas Ulen. *Introduction to Law and Economics*. (Boston: Pearson – Addison Wesley, 2008), 203. (traducción no oficial).

¹⁷ “[...] Productivity could take the form of the profit from investment, the surplus from trade, or the interest from a loan”. *Ver, Id* (traducción no oficial).

¹⁸ “The third reason for enforcement is that without enforcement, the price cannot be fixed in advance, which is to say, price holdup might occur—a party might bargain opportunistically about the price of a transaction—reducing the value of the contract or discouraging the making of it altogether.” *Ver, Steven Shavell. “Foundations of economic analysis of law”. The Belknap Press of Harvard University Press* (2004), 298. (traducción no oficial)

¹⁹ “Thus, a particular damage measure provides a particular degree of incentive to perform, and in general, it is evident that the higher is the damage measure, the greater the incentive to perform.” *Ver, Id.*,305. (traducción no oficial)

²⁰ Expediente de Casación 284, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 21 de abril de 2004, parr. 2.

la teoría, y es que la misma “[...] sólo puede ser aplicada en los contratos en los que al menos una de las prestaciones se difiere en el tiempo”²¹.

Asumamos que X cumple con el 50% de las entregas. Días antes a la tercera entrega, Z contacta a X para que le venda, por una sola vez, 25 tornillos a un precio de 30 centavos la unidad. La aceptación de este nuevo contrato resultaría en el incumplimiento del tercer pago con Y. X acepta el contrato con Z obteniendo los siguientes resultados: a) incumplimiento del contrato con Y y b) un ingreso triplicado por la venta de la misma cantidad de tornillos. La toma de decisión de incumplir el contrato con Y se ha basado en que, aun incumpléndolo, X ha logrado obtener ganancias suficientes para resarcir a Y y de todos modos obtener un beneficio. Por otro lado, no tendría sentido que Y pueda exigir el cumplimiento forzado del contrato ya que ha sido indemnizado en la medida en la que se lo ubica en la posición en la que habría estado si X hubiera cumplido el contrato.

La finalidad de la producción de un bien y la venta de este es que termine en las manos de quien más lo valore. Un elemento principal para comprender el funcionamiento de esta teoría es el *indifference principle* o principio de indiferencia, el cual hace alusión a que “[...] la toma de decisión se efectúa en un contexto carente de costos de transacción”²². Es decir, incumplir el contrato con el acreedor inicial por cumplir con el nuevo contratante no implica gastos mayores al mero incumplimiento contractual. De esta manera se facilita el tránsito de los bienes, ubicándolos en manos de quien más lo valore.

Uno de los objetivos de la propuesta de incumplimiento eficiente es mantener la versatilidad de la economía, mantener los negocios activos y que la mayoría de los negociantes maximicen beneficios. Todos estos objetivos se logran a través de una indemnización óptima, que es considerada como un remedio adecuado que “...facilitaría la asignación óptima de bienes y servicios y aumentaría la eficiencia, al desincentivar el incumplimiento solo en la medida en que el cumplimiento es socialmente óptimo, pero incentivándolo cuando incumplir es una alternativa socialmente eficiente”²³. Dicho de otra manera, la indemnización que recibe el acreedor incumplido encuentra un balance al ser deseada por el deudor porque se encuentra en facultad de pagarla, pero no deseable cuando no tiene posibilidad de pagarla.

Frente a esto, cabe recalcar la importancia del tipo de bien, objeto de la obligación, para que este “remedio adecuado” surta efectos de manera correcta y ninguna de las tres partes involucradas sufra más daños. El tipo de bien en cuestión debe ser un *commodity*²⁴. Entiéndase por “*commodity*”, de acuerdo con el Consejo Mexicano de Normas de Información a un bien genérico, que es de fácil acceso en la sociedad, razón por la cual el adquiriente vendría a ser indiferente frente a quien se lo provee²⁵. Aun así, nos encontramos frente a varios cuestionamientos: si es un *commodity*, ¿por qué Z pagaría más por adquirirlo de X? ¿Cómo la condición de *commodity* beneficia a las tres partes?

A pesar de que el bien objeto de la contratación es de fácil acceso, hay muchos factores que pueden jugar a favor de X para que sea el proveedor del bien para Z. Tales

²¹ Renzo Saavedra Velazco. “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?”, *Themis 58 Revista de Derecho* (2010), 258.

²² *Id.*, 250.

²³ Felipe Jiménez. “Una crítica a la idea de incumplimiento eficiente desde el derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (2017), 106.

²⁴ *Ver*, Renzo Saavedra Velazco. “Obstáculos jurídicos y económicos a la aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente. ¿Un irritante jurídico o una figura de aplicación imposible?”, *Themis 58 Revista de Derecho* (2010), 263.

²⁵ Consejo Mexicano de Normas de Información, *Normas de Información Financiera 2018* (México: IMCP, 2018), 30.

factores podrían ser: la distinta calidad de su producto, la urgencia con la cual Z requiere el bien, o la simple suerte de preferencia por parte de Z al adquirir el bien.

Finalmente, el hecho de que el bien sea un *commodity* beneficia a las tres partes de las siguientes maneras: X ha tenido una mejor y mayor ganancia a la que habría obtenido por su venta regular a precio corriente de mercado, Y ha sido indemnizado y podrá adquirir el mismo bien de manera rápida y al mismo precio y Z ha logrado cumplir con su necesidad de adquirir el bien. Como vemos, aparentemente en este hipotético caso, todos saldrían beneficiados. Sin embargo, se recomienda que antes de hacer una tentativa aplicación del incumplimiento eficiente en una relación contractual, se analice la decisión y sus consecuencias, ya que “en el ámbito contractual no (...) deben tomarse todas las oportunidades de negocios, aun las que a primera vista den un margen de beneficio superior a otra oferta (...) puesto que el análisis jurídico y económico de tal decisión se encuentra lejos de estar completo”²⁶.

3. OBSTÁCULOS JURÍDICOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN EL ECUADOR

En esta sección analizaremos cuáles serían los principales obstáculos normativos que tendría que reconocer al incumplimiento eficiente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3.1. Sistema de daños

Uno de los elementos principales para que proceda el incumplimiento eficiente es el resarcimiento por el daño ocasionado, calculado sobre la base de las expectativas que se tenían del contrato²⁷. Este tipo de resarcimiento es conocido a través de los *expectation damages*. Estos daños representan una de las distintas maneras de resarcir daños en el ordenamiento estadounidense. En Ecuador, en cambio, nos limitamos a un cálculo basado en daño emergente y lucro cesante. Podríamos asemejar la figura de los *expectation damages* con el elemento del lucro cesante, pero no son necesariamente son lo mismo. La diferencia de estos dos elementos y del resto de tipos de daños contemplados en Estados Unidos se basa en el alcance de cada uno, como se demostrará a continuación.

En los sistemas de *common law*, los tipos de daños contractuales se basan en los intereses del daño: expectativa, dependencia y restitución; de los cuales se desprenden las siguientes clases: *expectation damages*, *consequential damages*, *liquidated* y *reliance damages*²⁸. Cada una de estas formas de indemnización tiene un alcance distinto respecto al daño a resarcir. Los *consequential damages* han sido delimitados por cortes estadounidenses como “[...] tales daños que no se deriven directa e inmediatamente del

²⁶ *Id.*, 249.

²⁷ “Second, the means to promote such breaches is by setting damages at the value of the promised performance (expectation damages), so that the retailer can keep the additional profit he makes by breaching the contract”. *Ver*, Tareq Nael Al-Tawil. “English Contract Law and the Efficient Breach Theory: Can they Co-Exist?”, *Maastricht Journal of European and comparative Law*. 22 (2015), 399. (traducción no oficial)

²⁸ “These basic definitions suggest that in order to know the nature of the entitlement created by tort protection, one needs to know: 1) which interests are protected; 2) what interference is proscribed; and 3) what remedy will be provided if wrongful interference has harmed a protected interest.” *Ver*, Sandra A. Hoffman. “Torts and the Protection of ‘Legally Recognized Interests’”. Universidad de California, Berkeley, abril 2005.

acto lesivo, sino que se deriven indirectamente del acto”²⁹. Esta definición ha equiparado a estos daños con el concepto de daños indirectos de nuestro sistema.

Por otro lado, en virtud de los *expectation damages* se tiene la finalidad de posicionar a la parte lesionada en la situación en la que se habría estado si se celebraba el contrato. Los *reliance damages* tienen por objeto ubicar a la parte lesionada en la misma situación en la que habría estado si es que el contrato nunca se hubiera celebrado, devolviendo los pagos que se han hecho³⁰, es decir, lo que se conoce como el interés negativo. En otras palabras, mientras los *reliance damages* protegen las inversiones de confianza de la parte lesionada, los *expectation damages* otorgan a la parte lesionada los beneficios que se habrían percibido de la negociación cumplida³¹. Estos últimos son semejables con los daños directos en el sistema jurídico ecuatoriano.

A pesar de que el sistema ecuatoriano limita el resarcimiento de daños al daño emergente y lucro cesante³², las diferencias con el sistema anglosajón no son abismales. Se ha demostrado que los tipos de daños existentes en el ordenamiento jurídico estadounidense son semejables con figuras reconocidas en nuestro sistema.

3.2. Quebrantamiento de principios rectores: el *pacta sunt servanda*

El incumplimiento eficiente es contrario a uno de los principios más relevantes del derecho contractual, el *pacta sunt servanda*. Analizaremos ese principio a continuación.

El *pacta sunt servanda* es un principio que representa el carácter normativo de la voluntad, donde “[...] la relación de hombre a hombre con fines de satisfacer necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante”³³. El origen de este principio está anclado a actitudes individuales de honradez, lealtad, rectitud, sinceridad e integridad de las personas al momento de contratar. La idea de la perseverancia y subsistencia del contrato ha sido tan relevante a lo largo de los años que se ha otorgado calidad de fuerza vinculante al contrato. El principio del *pacta sunt servanda* ha sido recogido en nuestra legislación³⁴ en el artículo 1561 del Código Civil ecuatoriano, que establece lo siguiente: “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado si no por su consentimiento mutuo o por causas legales”³⁵. La fuerza vinculante de un contrato es tal que nuestro Código la equipara con la ley. Como explica Alessandri, así como los particulares no pueden evadir el cumplimiento de la ley, tampoco “[...] pueden

²⁹ Thomas C. Riley v. Phyllis A. Stafford, Corte Suprema de Rhode Island, abril 24 de 2006, párr. 10.

³⁰ Ver, Steven Shavell, “Damage Measures for Breach of Contract”, *The Bell Journal of Economics Vol. 11: No. 2* (1980), 471.

³¹ “In other words, while the reliance damage measure protects a party's reliance investments, the expectation damage measure awards the injured party the benefit of the bargain”. Ver, Jim Leitzel, “Reliance and Contract Breach”, *Law and Contemporary Problems Vol. 52: No.1* (1989), 90.

³² El régimen ecuatoriano admite solo dos tipos de daño ante el incumplimiento de un contrato. Por mandato legal estos solo son el daño emergente y lucro cesante. El artículo 1572 expresamente manda: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código”.

³³ María Isabel Garrido Gómez, “La resolución judicial de los conflictos contractuales: la actividad de los jueces a la luz de los principios y objetivos dentro del Derecho Español”, *Revista Ius et Praxis, Año 22, No.2* (2016), 309.

³⁴ Al respecto, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador menciona: “La base legal invocada por el Tribunal Arbitral en su laudo, advierte esta Sala, descansa sobre el principio básico del derecho civil, PACTA SUNT SERVANDA, recogido por nuestra legislación en el actual Art. 1561 (anterior 1588) del Código Civil”. Causa No. 242-2007, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 6 de marzo de 2009, párr. 7.

³⁵ Artículo 1561, CC.

eludir el cumplimiento del contrato, o dejarlo sin ejecución, porque en tal caso el otro contratante podría solicitar de los tribunales que lo hicieran cumplir por medio de la fuerza pública”³⁶.

Cabe recalcar que el principio fundamental contractual del *pacta sunt servanda* se ve relacionado con el principio de conservación del contrato. Este principio expresa que en caso de crisis contractual el juez debe escoger la posibilidad de mantener el contrato frente a la resolución del mismo. Esto explica que la resolución contractual sea una solución del ultima ratio, pues como lo menciona la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia “[...] la ley tiende a amparar la validez y eficacia de los negocios jurídicos (Art.1588 Código Civil) ya que el tráfico jurídico se nutre de contratos eficaces, no de contratos nulos o incumplidos”³⁷.

La aplicación de la teoría del incumplimiento eficiente es contraria al *pacta sunt servanda*. Supondría una reforma de uno de los principios fundamentales de la contratación, ya que dejaría al arbitrio de los contratantes el cumplir con el contrato. Además, la existencia del sentido de cooperación³⁸ entre las partes al momento de contratar es necesaria en el desarrollo de un contrato. Esta cooperación “[...] podría tomar la forma del beneficio de la inversión [...]”³⁹ que se hizo para dar inicio a una relación contractual. Véase al beneficio como lo que se ha ganado a partir de la ejecución y cumplimiento del contrato; y entiéndase a la inversión como los fondos empleados y entregados por una de las partes hacia la otra para ejecutar las obligaciones contractuales.

3.3. La condición resolutoria tácita y la acción de cumplimiento forzado

Otras figuras que impedirían la implementación del incumplimiento eficiente son la condición resolutoria tácita y la acción de cumplimiento forzado del contrato. Lo que se busca con la condición resolutoria tácita, que va envuelta en los contratos bilaterales, es dar al contratante cumplido la opción de obtener la resolución del contrato o el cumplimiento forzado del mismo, tal como se encuentra reflejado en el artículo 1505 de nuestro Código Civil⁴⁰. Cabe recalcar que independientemente de la opción tomada por el contratante cumplido, el derecho a resarcimiento de daños va envuelta en cualquiera de las dos opciones tal como lo establece el artículo 1572 del Código Civil⁴¹. Puesto que esta institución jurídica funciona a través de la fórmula de indemnización de daños basados en daño emergente y lucro cesante, representa un impedimento para el incumplimiento eficiente ya que no se indemnizaría en base a los *expectation damages*.

Refiriéndonos al ejemplo expuesto en el capítulo primero, sección dos, en el caso de que Y ejerza la acción de cumplimiento forzado, en conjunto con una indemnización, X se vería obligado judicialmente a cumplir con la obligación que tiene frente a Y. X cumpliría la tercera entrega de los 25 tornillos estipulados en el contrato, quedándose sin el beneficio que supone la teoría del incumplimiento eficiente, donde adquiere una ganancia superior a la que recibe con el precio corriente de mercado del bien. A pesar de

³⁶ Arturo Alessandri, *Derecho Civil: De los Contratos* (Santiago: Zamorano y Caperan, 1976), 60-61.

³⁷ Causa No. 146-2001, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2001, pág. 4.

³⁸ Entiéndase cooperación como el ánimo de querer vender y querer comprar.

³⁹ Robert Cooter y Thomas Ulen, *Introduction to Law and Economics*. (Boston: Pearson – Addison Wesley, 2008), 203. (traducción no oficial)

⁴⁰ Al respecto, el artículo 1505 del Código Civil expresamente manda: “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”.

⁴¹ Ver, Artículo 1572, CC.

que se cumple con el supuesto de la aparición de un tercero con una mejor oferta sobre el mismo bien, la ejecución del cumplimiento forzado por parte de Y hace que resulte menos conveniente y más costoso para X incumplir el contrato que cumplirlo. De igual manera, en el caso de que, Y solicite la terminación del contrato y una indemnización por el incumplimiento, económicamente resulta en una pérdida para X ya que aún tenía prevista una cuarta entrega de 25 tornillos a Y, de la cual habría obtenido beneficios.

Sin importar la presencia de algunos de los requisitos de la teoría del incumplimiento eficiente, la existencia de la figura de la condición resolutoria y el cumplimiento forzado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no permiten el objetivo económico de la teoría referente a la maximización de beneficios y beneficio general de las tres partes involucradas en el supuesto.

4. ¿CONTEMPLA NUESTRO ORDENAMIENTO SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO EFICIENTE? ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 376 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP)

4.1. La ejecución forzada de las obligaciones de género

A pesar de la existencia de algunos obstáculos jurídicos para la implementación del incumplimiento eficiente en el Ecuador, parecería ser que el COGEP regula una figura parecida en su artículo 376, que será materia de nuestro análisis. El artículo 376, referente a las obligaciones de dar dinero o bienes de género indeterminado, se encuentra en el Capítulo Segundo de la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer; comprendido en el Libro quinto sobre la ejecución en el COGEP.

Art. 367.- Obligaciones de dar dinero o bienes de género. Cuando se trate de una obligación de dar dinero, se procederá conforme con lo previsto en este capítulo.

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 Código⁴².

A la luz de lo que prevé el artículo 18 del Código Civil en su numeral 2, “[...] las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.⁴³”. Se entienden a las obligaciones como un vínculo jurídico que une dos personas, al acreedor y al deudor, en que el deudor se encuentra en la necesidad ineludible de observar una prestación.

Una de las múltiples clasificaciones de las obligaciones es la referente a su prestación, la cual comprende la clasificación de obligaciones de dar, hacer o no hacer como lo consagra el artículo 1476 del Código Civil⁴⁴. En el caso del artículo 367 del COGEP, se trata de una obligación de dar. Sin embargo, la letra “o” en el título del artículo nos presenta una opción entre dar dinero o dar bienes de género. Cabe definir la frase “bien de género” para la comprensión del desarrollo del artículo. La Real Academia Española ha definido a “bien” como “[c]osa que puede ser susceptible de apropiación. Se

⁴² Artículo 367, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, reformado por última vez el 26 de junio de 2019.

⁴³ Artículo 18, CC.

⁴⁴ Ver, Artículo 1476, CC.

incluyen todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorporales, susceptibles de adquisición y transmisión⁴⁵”. El origen latín de *genus* y *ēris*, han dado vida a la palabra “género”, la cual tiene algunas acepciones dependiendo del área en la que se utilice; sin embargo, el concepto general es la clase o tipo a la que pertenecen personas o cosas; o conjunto de seres que tienen uno o varios caracteres comunes⁴⁶. Con base en estas definiciones generales, el Código Civil en su artículo 993 procede a ejemplificar una especie indeterminadas de cierto género con la siguiente terminología “[...] un caballo, tres vacas, seiscientos dólares de los Estados Unidos de América, cuarenta quintales de trigo”⁴⁷. Dadas estas definiciones, se entiende que al hablar de un bien de género no nos referimos a un bien específico con determinadas características, si no a un bien que comparte sus mismas características con otras, haciéndolos indistinguibles a la vista de las partes al momento de contratar. Por ende, el artículo 367 del COGEP hace alusión a una obligación de dar, la cual consiste en hacer la entrega de una cosa genérica. Esta obligación está consagrada en el artículo 1564 del Código Civil. Contextualizando las definiciones presentadas, el tipo de obligación del artículo en análisis sería una obligación de género, definidas como “[...] aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado.”⁴⁸ según el Código Civil.

En el segundo inciso del artículo en análisis, se expresa que estamos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de género, frente al cual el juzgador emitirá un mandamiento de ejecución. Entiéndase a este mandamiento como una orden que se emite como consecuencia de una sentencia ejecutoriada, contemplada en el artículo 363 del COGEP⁴⁹. En este mandamiento se ordenará al deudor dos opciones para ejecutar la obligación: consignar la cantidad de bienes genéricos o depositar el importe de estos bienes al precio corriente del mercado cuando se contrajo la obligación. Esta posibilidad de escoger la manera de cumplir la obligación nace de la existencia de la conjunción “o” entre las opciones, que representa alternativas. Analizando las dos alternativas que tiene el deudor, la primera es consignar la cantidad de bienes genéricos. Entiéndase a la consignación (aunque en un contexto distinto) de acuerdo con el artículo 1615 del Código Civil como “[...] el depósito de la cosa que se debe (...)”⁵⁰. Por consiguiente, la primera alternativa es la entrega de los bienes en cuestión, que en este caso son genéricos⁵¹. La segunda opción es depositar el precio de los bienes en cuestión al precio corriente de mercado cuando se contrajo la obligación. Esta alternativa indica que se puede pagar una obligación de género con el precio de las cosas debidas.

4.2. Estándar del incumplimiento eficiente en el artículo 367 del COGEP

Procederemos a verificar los requisitos doctrinarios del incumplimiento eficiente reflejados en el artículo 367. Primero, el artículo 367 del COGEP versa sobre obligaciones de género, es decir la prestación es un bien de género. El incumplimiento

⁴⁵ Real Academia Española, “Diccionario del español jurídico”, definición de *bien*, <https://dej.rae.es/lema/bien> (Consultado el 8 de abril de 2020)

⁴⁶ Ver, Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, definición de *género*, <https://dle.rae.es/género?m=form> (Consultado el 8 de abril de 2020)

⁴⁷ Artículo 993, CC.

⁴⁸ Artículo 1524, CC.

⁴⁹ Ver, Artículo 363, COGEP.

⁵⁰ Artículo 1615, CC.

⁵¹ Ver, Adjetivo. Común a varias especies. Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, definición de *genérico*, <https://dle.rae.es/genérico?m=form> (Consultado el 8 de abril de 2020)

eficiente únicamente se da en contrataciones que tengan como objeto un *commodity*⁵². En la definición de *commodity* se ha entendido a este bien como un bien de género, entendiendo a ambos bienes como sinónimos. De esta manera se cumple con el primer requisito referente al bien objeto de la contratación.

Segundo, el artículo 367 contempla la posibilidad de depositar el importe de los bienes de género a su precio corriente de mercado a la fecha que se lo dictó, en vez de entregar el bien cuando no se disponga físicamente del mismo. A pesar de que en el presente artículo no se menciona el resarcimiento de daños, el artículo 1572 del Código Civil prevé que “[l]a indemnización por perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente (...)”⁵³. Por esto, se resarce al acreedor incumplido con una indemnización monetaria basada en los *expectation damages*. Ambos supuestos contemplan la misma situación donde frente a la falta de disposición del bien de género, se procede a hacer un pago por el mismo.

El resarcimiento de daños es un claro punto diferenciador entre lo que se contempla en el artículo 367 del COGEP y el incumplimiento eficiente. En la teoría de derecho económico que se propone, se indemnizan los daños basados en los *expectation damages*⁵⁴, los cuales no son contemplados como tales en nuestro ordenamiento.

Tercero, a diferencia de la teoría del incumplimiento eficiente, el artículo 367 no consagra la aparición de un segundo ofertante como una situación *ex ante* para poder pagar el precio del bien en vez de entregarlo incluyendo su indemnización por daños y perjuicios. Esta situación es el elemento primordial del incumplimiento eficiente.

Cuarto, la teoría del incumplimiento eficiente funciona en un escenario sin costos de transacción⁵⁵, sin embargo, no se consideran cuales serían estos costos de transacción. Por lo que nos mantenemos en el supuesto teórico básico donde es necesario acceder a la justicia, pero dichos costos no computan en el cálculo de costos del incumplimiento eficiente. A pesar de ello, en el artículo 367 del COGEP podríamos asemejar la figura de los costos de transacción con los gastos derivados de ejecutar el contrato. Dentro de estos gastos se comprenden los que se han realizado para demandar judicialmente la ejecución del contrato y tener como resultado un mandamiento de ejecución. Esta orden no es un costo de transacción *per se*. A pesar de que los gastos que se incurren en el acceso a la justicia son indeterminables debido a que depende del caso, en el supuesto del incumplimiento eficiente, este costo debería ser el mínimo posible.

4.3. Propuesta de reforma de ley

La propuesta de reforma de ley se basa en la posibilidad otorgada por el artículo 367 del COGEP de cumplir con la obligación de dar un bien de género a través del depósito del importe del bien al precio corriente de mercado. Cabe recalcar que esta posibilidad viene dada por un mandato de ejecución emitido por el juzgador. Se propone otorgar la posibilidad de consignar el precio antes de dar inicio a un proceso judicial, antes de la declaración del incumplimiento de la obligación de género. Si ya se lo puede

⁵² Ver, supra nota 13.

⁵³ Artículo 1572, CC.

⁵⁴ Ver, supra nota 4.

⁵⁵ Ver, supra nota 11.

hacer después, ¿por qué no hacerlo antes sin necesidad de un mandato de ejecución?

Una vez analizado el artículo 367 del COGEP y vistos los elementos del incumplimiento eficiente contemplados en el mismo, concluimos el elemento más importante es el objeto de la obligación: el bien de género. Con este componente en común entre el artículo en cuestión y la teoría del incumplimiento eficiente, encontramos un tentativo ámbito de aplicación. Sin embargo, se lo puede considerar al artículo 367 del COGEP como una excepción a la forma de extinguir la obligación de género a través del pago del valor corriente de mercado de los bienes objeto del contrato, ya que el artículo 1584 del Código Civil define al pago efectivo como la prestación de lo que se debe⁵⁶ y el artículo siguiente establece que “[e]l acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que no sea la que se le deba, ni aún a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida”⁵⁷.

A pesar de estas especificaciones generales, dentro del mismo cuerpo normativo en el parágrafo quinto referente a cómo debe hacerse el pago, encontramos excepciones frente a las distintas maneras de realizar un pago. No obstante, en ninguno de los artículos de este parágrafo se mencionan expresamente las obligaciones de género, únicamente a obligaciones de cuerpo cierto y obligaciones de pago en plazos referentes a prestaciones dinerarias⁵⁸. Incluso, en el título VIII del Libro IV que trata en específico a las obligaciones de género, no se mencionan excepciones al cumplimiento de tal obligación. Únicamente se trata el concepto de la obligación de género, se alude a que este tipo de obligación puede cumplirse “[...] entregándose cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana”⁵⁹; y que la misma no parece ya que por la naturaleza de la obligación existen otras cosas del género con las que se puede cumplir lo que se debe⁶⁰.

En el intento de acoplar e implementar la figura del incumplimiento eficiente en el Ecuador, se considera una vía óptima otorgar la posibilidad de que el deudor consigne el precio del bien, objeto de la obligación, sin necesidad de un mandato de ejecución e incluso sin necesitar el acceso a justicia. Si no se dispone del bien físicamente y el artículo 367 del COGEP expone la posibilidad de cumplir con la obligación de género a través del depósito del importe de los bienes a su precio corriente de mercado, ¿cuál es la finalidad de esperar al mandato de ejecución si el resultado va a ser el mismo? ¿Qué sentido tendría no permitir al deudor pagar lo que debe si no hasta obtener sentencia ejecutoriada y su respectivo mandamiento de ejecución? No se encuentra sentido alguno.

La única manera de cambiar lo que se debe es mediante acuerdo entre las partes, a través de la novación objetiva o la dación en pago, y si no se hace de tal manera, el escenario jurídico actual sería el siguiente: si el deudor decide pagar el precio del bien de género en vez de cumplir con la entrega de este ya que los ha enajenado a un tercero, se traería de un pago de lo no debido, como lo establece el artículo 2195 del Código Civil⁶¹, sin cumplir aún con la obligación contractual principal. Dado esto, lo más probable es que el acreedor inicie un juicio donde el juez aplique el artículo 367 del COGEP referente a obligaciones de género y el deudor tenga la opción de depositar el valor de los bienes o consignar la cantidad de los mismos. Vista la imposibilidad de cumplir la obligación con

⁵⁶ Ver, Artículo 1584, CC.

⁵⁷ Artículo 1585, CC.

⁵⁸ Ver, Artículos 1601-1610, CC.

⁵⁹ Artículo 1525, CC.

⁶⁰ Ver, Artículo 1526, CC.

⁶¹ Ver, Artículo 2195, CC.

bienes deteriorados como lo establece el artículo 1526 del Código Civil y la falta de disposición del bien, el deudor optará por el depósito del importe del valor del bien. Se exponen los mismos resultados tanto antes como después del juicio, a diferencia de la existencia de un mandamiento de ejecución y la imposición de pagos de indemnización.

El escenario del incumplimiento eficiente concuerda con los supuestos expuestos: falta de disposición del bien, en el caso de esta teoría por enajenación a un tercero, y la indemnización por el incumplimiento de la obligación, posicionando al acreedor incumplido en la situación en la que se hubiera encontrado si se cumplía el contrato. Visto que no hay artículo que norme una excepción a la manera de cumplir una obligación de género, y que “[...] el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene (...)”⁶², entiéndase las como las cosas de género objeto de la obligación; se propone agregar un artículo innumerado siguiente al artículo 1606 del Código Civil donde de estipule lo siguiente:

“Si la obligación consiste en dar un bien de género, y el deudor lo ha enajenado a favor de un tercero, el deudor, salvo pacto en contrario, tendrá la opción de pagar al acreedor el valor corriente de mercado del bien al momento en el que se debió cumplir la entrega. El tal caso, el acreedor no podrá quedar en una situación menos favorable que la que habría tenido si el contrato se hubiera cumplido a cabalidad. En consecuencia, el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que correspondan.”

Los objetivos de la implementación de este artículo serían otorgar versatilidad no solo a la economía y los contratos, sino también al sistema judicial. Se ahorra un proceso que tiene los mismos resultados sin necesidad de ir a juicio. Por otro lado, dado que el incumplimiento eficiente aplica únicamente a bienes de género, los negocios se mantienen activos por dos razones. La primera es que se procura el libre tránsito de los bienes, incluso de aquellos ya comprometidos frente a un acreedor. La segunda, es que dado que estos bienes forman parte del comercio ordinario, el acreedor a quien se le incumple el contrato de todas formas puede solventar la falta de entrega de los bienes con otros disponibles en el mercado. De esta forma, la posesión de los bienes está en quien más los valora y los tres agentes que han formado parte de este supuesto se encuentran en una posición beneficiosa. El acreedor incumplido recibe el pago de los bienes, más la indemnización que lo posiciona en la situación en la que hubiera estado si se cumplía el contrato, apegándose a la figura de los *expectation damages* que se ha asemejado a los daños directos en Ecuador. Finalmente, se cumple con uno de los objetivos principales de la teoría del incumplimiento eficiente, el mejor uso y administración de los recursos⁶³.

5. CONCLUSIONES

El incumplimiento eficiente es una propuesta del análisis económico del derecho de contratos que consiste en que incumplir un contrato es más beneficioso económicamente que cumplirlo⁶⁴. Los requisitos que se deben cumplir para su aplicación son: que la prestación del contrato esté diferida en el tiempo, que el objeto del contrato sea un *commodity*, que aparezca una mejor oferta por parte de un tercero, y que el deudor incumplido indemnice a su acreedor bajo la figura de los *expectation damages*. La

⁶² Artículo 1526, CC.

⁶³ Ver, Daniel Friedman. “The Efficient Breach Fallacy”, *The Journal of Legal Studies*. Vol.18, No. 1 (1989), 4.

⁶⁴ Ver, Felipe Jiménez Castro, “Una Crítica a la idea de Incumplimiento Eficiente desde del derecho de Contratos”, *Revista chilena de derecho privado* No. 29 (2017), 107.

reparación del daño por incumplimiento eficiente consiste en el pago de lo que se habría ganado si el contrato se cumplía y el valor corriente de mercado del *commodity* que es objeto del contrato. A pesar de que la figura de los *expectation damages* no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, estos son semejables a los daños directos que sí son indemnizables en Ecuador.

El incumplimiento eficiente no está contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, se puede inferir que el artículo 367 del Código Orgánico General de Procesos contiene una figura semejante, cumpliéndose ciertos requisitos. Estos requisitos serían: que la obligación consista en entregar un *commodity* y que exista la posibilidad de pagar el precio del bien genérico, objeto de la obligación, en lugar de entregar la cosa debida. Sin embargo, esta posibilidad se ve limitada a que exista un mandamiento de ejecución. Por esto, se propone permitir el pago del bien genérico, más indemnización, sin necesidad de llegar a la ejecución judicial de la obligación, salvo que las partes acuerden otra cosa.

Esta reforma es necesaria debido a que los resultados con o sin mandamiento de ejecución son los mismos: que se pague el valor del bien en vez de entregarlo físicamente y que el acreedor reciba una indemnización. Al reformar la ley se permitiría pagar un objeto diferente al pactado por las partes, sin incurrir en pago de lo no debido. Así mismo, permitiría llegar al mismo efecto al que se llegaría en caso de que se demande judicialmente el cumplimiento del contrato, pero sin incurrir en todo el despliegue de esfuerzo que implica un juicio. Esto no es solo el hecho de que las partes incurran en gastos, si no que también implica el uso del sistema judicial en una controversia que podría resolverse sin necesidad de una sentencia.