

*TODO O NADA: ¿ABARCA LA CLÁUSULA PENAL
AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL CONTRACTUAL?
All or Nothing: does the Penalty Clause
Cover Contractual Non-Monetary Damages?*

PAÚL R. CARRERA¹
Robalino Abogados, Ecuador

Resumen

El análisis de la naturaleza de la cláusula penal lleva a cuestionarse qué tan amplio es su ámbito de resarcimiento. Tomando en consideración al debate que ha surgido en los últimos años en lo tocante al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales, ambas discusiones parecen estar interconectadas. Así, es pertinente dilucidar lo que respecta a la procedencia del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales dentro de la cláusula penal. El presente artículo estudiará lo referente a la naturaleza de ambas instituciones y determinará si es que la cláusula penal resarce, o no, a los daños extrapatrimoniales contractuales.

Palabras clave

Cláusula penal, daño extrapatrimonial, valuación anticipada, daño extrapatrimonial contractual, resarcimiento.

Abstract

The analysis of the nature of the penalty clause leads to the question of how broad its scope of compensation is. Taking into consideration the debate that has arisen in recent years regarding the compensation of non-monetary contractual damages, both discussions seem to be interconnected. Thus, it is pertinent to elucidate on the applicability of the contractual non-monetary damages within the penalty clause. This article will study the nature of both institutions and will determine whether the penalty clause compensates contractual non-monetary damages.

Keywords

Penalty Clause, Non-monetary Damages, Anticipated Valuation, Contractual Non-monetary Damage, Compensability.

1. Introducción

La institución de la cláusula penal, a pesar de tener cambios menores desde su inserción en el Código de Bello, y —por lo tanto— en el Código Civil ecuatoriano, ha presentado varias discusiones, sobre todo en lo respectivo a su naturaleza y su ámbito indemnizatorio. Complementariamente, en Ecuador, como en varios otros ordenamientos de la región,

¹ Abogado Asociado del estudio jurídico Robalino Abogados, miembro del área de litigio y arbitraje. Abogado Magna Cum Laude por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: pcarrera@robalinolaw.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6717-496X>.



el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales ha sido objeto de un largo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario.

Empatando estos temas se centrará el análisis del presente artículo, al responderse, positivamente, la pregunta: ¿abarca la cláusula penal compensatoria una indemnización anticipada por daños extrapatrimoniales?

2. La cláusula penal y su naturaleza esencialmente indemnizatoria de perjuicios

El desarrollo del estudio del Derecho Civil ha permitido que se analice a profundidad la naturaleza de la cláusula penal en virtud de sus funciones. Lo que inicialmente fue concebido como una penalidad civil (Corral Talciani, 2014, pp. 35-37), y luego evolucionó en una garantía para el cumplimiento de obligaciones contractuales (Gatica Pacheco, 1959, pp. 321-322), con el paso del tiempo se ha ido consolidando como una institución más apegada a la practicidad: una evaluación anticipada de daños.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile —cuya legislación respecto de la materia es idéntica a la ecuatoriana— ha establecido: “[s]e considera, por regla general, que [la cláusula penal] constituye una forma de evaluar convencional y anticipadamente los perjuicios provenientes del incumplimiento de una obligación” (Corte Suprema de Justicia de Chile, 2010, p. 1). Mientras, el Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1551, define a la cláusula penal como “[...] aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento” (Código Civil, 2005, artículo 1551). De la sola lectura de este artículo surge el cuestionamiento sobre la función esencial de esta cláusula.

2.1. De la función resarcitoria como la función principal de la cláusula penal

La doctrina ha concluido que la cláusula penal cumple tres funciones: (i) la garantizadora o de caución, (ii) la resarcitoria o indemnizatoria, y, (iii) la punitiva (Corral Talciani, 2008, p. 8). La función garantizadora es aquella por la que la cláusula penal funge como una caución personal y en virtud de la cual el deudor, al verse forzado al pago de una pena, se disuade de incumplir con sus obligaciones contractuales (Abeliuk, 1993, p. 567). Por otro lado, la cláusula penal como una evaluación anticipada de los perjuicios que se originen del incumplimiento o del cumplimiento retardado de una obligación (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, y Vodanovic, 1971, p. 224) es lo que usualmente se considera como la función indemnizatoria. Finalmente, también se sostiene que la cláusula penal cumple con una función punitiva, porque la pena se establece meramente para castigar una conducta antijurídica (Kemelmajer, 1981, p. 3).

De la lectura sistemática del Código Civil debe concluirse que la legislación ecuatoriana ha incorporado plenamente a la función indemnizatoria dentro de la naturaleza de la cláusula penal y es, realmente, la que mayor practicidad y prevalencia tiene en la actualidad.

El artículo 1559 —sobre el cual se volverá posteriormente— prescribe que no se permite al mismo tiempo solicitarse la pena y la indemnización por perjuicios salvo estipulación en contrario, confiriéndole al acreedor un derecho alternativo respecto de estas dos opciones (Código Civil, 2005, artículo 1559). Lo anterior permite inferir que el Código trata a la cláusula penal como una evaluación convencional que funge como resarcimiento, y evita una doble indemnización salvo acuerdo entre las partes. Esto porque la pena ha sustituido, prácticamente, a la indemnización judicial por perjuicios, entendiéndose que su

finalidad resarcitoria es idéntica a la cual surgirá de la indemnización por perjuicios judicial.

La doctrina ha optado por tener en cuenta a esta función como la que mejor responde a la naturaleza de la cláusula penal. Meza Barros la define como “una evaluación anticipada que hacen las partes de los perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación” (Meza Barros, 2007, p. 146). Mientras, Abeliuk establece:

Si en el estudio de la indemnización de perjuicios algo ha quedado en claro, es la dificultad con que el acreedor tropieza para justificarlos... con la cláusula penal el acreedor evita este grave inconveniente, porque de antemano quedan fijados los perjuicios que deberá indemnizarle el deudor si no cumple la obligación principal (Abeliuk, 1993, p. 567).

La evaluación anticipada de daños en esta cláusula —en principio— libera al acreedor de probar judicialmente que han existido perjuicios (Corral Talciani, 2014, pp. 50-51). Además, permite a los contratantes fijar, con la mayor exactitud posible, cuál es el monto que consideran que resarciría los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual, sin dejar esta evaluación al arbitrio del juez (Meza Barros, 2007, pp. 144-145). El carácter indemnizatorio de la cláusula penal, por lo tanto, presenta ventajas prácticas que hacen que su estipulación contractual sea considerablemente conveniente.

La estipulación de una cláusula penal responde a la piedra angular del Derecho Civil: la autonomía de la voluntad de las partes. Así, los efectos de la estipulación de esta cláusula no son corrientes, y parecerían ser excepcionales. La regla general en cuanto a la indemnización por daños es no pactarla (Contreras, 2010, p. 15), y que se indemnice el daño después de probar judicialmente que quien lo generó ha incurrido en una conducta culposa o reprochable (Diez-Picazo, 2011, p. 22). Es un ejercicio precavido, pero de alta sofisticación contractual, que las partes decidan evaluar la indemnización por daños y perjuicios y abstenerse de someter esta consideración ante un tribunal (Abeliuk, 1993, p. 566). La legislación mira positivamente a la previsibilidad de los daños, como bien puede observarse en el artículo 1574 del Código Civil (2005).

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

La evaluación convencional de daños en la cláusula penal modifica reglas generales, cobijándose con la autonomía de la voluntad de las partes. Una de estas modificaciones es la respectiva al régimen general de los contratos bilaterales al momento de generarse un incumplimiento. La opción predeterminada que tiene el contratante a quien se le ha incumplido, es la de exigir el cumplimiento de la obligación o solicitar la resolución del contrato más indemnización de perjuicios (Código Civil, 2005, artículo 1505; Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic, 1971, p. 73).

La cláusula penal modifica este régimen: (i) permite exigir el cumplimiento de la obligación principal, dejando insubsistente a la exigibilidad de la pena (Código Civil, 2005, artículo 1553); (ii) permite solicitar la indemnización por daños y perjuicios en sede judicial, dejando insubsistente la exigibilidad de la pena (2005, artículo 1559); y, (iii) permite exigir la pena, dejando insubsistente la exigibilidad del cumplimiento de la obligación principal y a la solicitud judicial de indemnización por daños y perjuicios (2005, artículo 1559).

Está claro que la cláusula penal reemplaza a la indemnización de perjuicios judicial por una indemnización convencional (Meza Barros, 2007, p. 138). Lo anterior es así porque,

acorde a las disposiciones del Código Civil, los efectos generales de la cláusula penal son idénticos a los que se tendrían si se optase por la resolución del contrato en la condición resolutoria tácita: la insubsistencia de la obligación principal y el derecho de exigir una indemnización (2007, p. 147), sea convencional o no.

Es evidente que la naturaleza de la cláusula penal, como regla predeterminada, es la de ser indemnizatoria, y es solo mediante la voluntad de las partes que esta deja de lado dicha naturaleza y se convierte en algo más (como en los casos de acumulación expresa de la obligación principal y la pena, o de la indemnización judicial y la pena). Cuando se acumula, no se quiere llegar a un punto de equilibrio entre los perjuicios sobrevinientes del incumplimiento y el resarcimiento. En realidad, el hecho de que la obligación principal o la indemnización judicial aún sean plenamente exigibles permite evidenciar que lo que quiere hacer el deudor es presentar un valor que no resarce perjuicio alguno, sino que quiere imponer una multa por no haber cumplido con la obligación en los términos inicialmente establecidos (Corral Talciani, 2008, p. 16).

Lo enunciado anteriormente no significa que la función garantizadora de la cláusula penal no sea pertinente o no tenga cabida en la práctica. No hay inconveniente con la coexistencia de estas dos funciones. La estipulación de una cláusula penal bien podría tener un carácter de caución como uno indemnizatorio. Sin embargo, el hecho de que a la función garantizadora solo pueda verificarse efectos *ex ante*, y a la función indemnizatoria tanto los efectos *ex ante* como *ex post*, muestra cómo esta última tiene mayor sentido práctico en la cláusula penal. Es decir, si es que se incumple con un contrato que incluye esta cláusula, la función garantizadora no hubiese surtido efectos, e incluso si es que se cumpliera el contrato, probar que se cumplió en virtud de la función disuasiva de la cláusula penal y no por buena fe contractual —o por cualquier otro motivo cuya razón siempre estará en el fuero interno del contratante—presentaría enormes dificultades. En contraste, la función indemnizatoria de la cláusula penal siempre surte efectos prácticos. La evaluación tiene utilidad tanto en el momento de su estipulación como en el momento en el cual se incumpla con las obligaciones contractuales. Tendrá utilidad tanto en la normalidad como en la patología.

2.2. Lo concerniente al ámbito indemnizatorio de la cláusula penal

Entonces, ¿qué indemniza la cláusula penal? Esta pregunta obliga a realizar un análisis del artículo 1559. El derecho alternativo que surge de este artículo no es de poca importancia, y debe interpretarse de la manera más precisa posible. Este establece:

No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena (Código Civil, 2005, artículo 1559).

La interpretación de este artículo lleva a pensar que el optar por la indemnización convencional es una decisión, al menos predeterminadamente, definitiva. Si es que el contratante opta por solicitar la pena entonces no podrá solicitar indemnización de perjuicios. Es la autonomía de la voluntad de las partes la que permitiría modificar esta regla. Si es que quisiese excluirse el resarcimiento de algún tipo de daño con la cláusula penal, entonces tendría que hacerse expresamente (Contreras, 2010, pp. 20-21). Así, la regla predeterminada es que al pactarse una cláusula penal los contratantes hayan analizado todos los daños previsibles e indemnizables que podrían sobrevenir del incumplimiento de las obligaciones contractuales y los han avalado anticipadamente.

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

3. De los obstáculos que presenta el resarcimiento del daño extrapatrimonial en la cláusula penal

A pesar de lo anterior, sostener que la cláusula penal avalúa también a los daños extrapatrimoniales encuentra tres obstáculos que se abordarán en las siguientes secciones: *primero*, la procedencia o improcedencia del daño extrapatrimonial contractual; *segundo*, el aparente anacronismo entre la institución del daño extrapatrimonial y la de la cláusula penal; y, *tercero*, la aparente imprevisibilidad y la dificultad de calcular los daños extrapatrimoniales.

3.1. Daños extrapatrimoniales contractuales en Ecuador: una discusión en boga que parece superada

La discusión respecto del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales contractuales en el régimen ecuatoriano ha sido de gran importancia; sin embargo, parecería que la tesis que favorece a la procedencia de este tipo de daños —al igual que en otros ordenamientos con similar discusión— es la que debe ser aplicada en la actualidad.

Al respecto, el artículo 1572 del Código Civil ecuatoriano prescribe:

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

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

Exceptuándose también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código (Código Civil, 2005, artículo 1572).

El anterior artículo ha sido abordado por dos interpretaciones que se estudiarán a continuación.

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

La interpretación clásica del anterior artículo niega el resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual por la —aparente— literalidad de las palabras en la norma y su ubicación en el Código Civil. Se ha establecido que el tercer inciso exceptúa al daño extrapatrimonial de las indemnizaciones por incumplimiento contractual y que el hecho de que las normas referentes a los daños extrapatrimoniales se encuentren en el título XXXIII del libro IV del Código Civil, y no en la sección en la que se encuentra el precedente artículo (de los efectos de las obligaciones contractuales), confirma que la intención del legislador ha sido negar la indemnización de los daños extrapatrimoniales sobrevinientes del incumplimiento contractual (Paez Salgado, 2015, p. 70).

La interpretación que niega la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales se basa, mayoritariamente, en la apreciación clásica que se le ha dado a la naturaleza de los contratos. En este sentido, se establece que su naturaleza es la de velar por intereses netamente económicos (2015, p. 67), y que el incumplimiento de obligaciones

contractuales, si bien genera una serie de conmoción o desequilibrio psíquico, no es causa ilícita suficiente para determinarla como daño resarcible (Mosset Iturraspe, 1986, pp. 75-76).

A pesar de que la anterior ha sido una interpretación aceptada, sobre todo al comienzo de la aplicación del daño extrapatrimonial en el Ecuador (Larrea Holguín, 1998, pp. 217-220), su dogmática va perdiéndose con el paso del tiempo por el surgimiento de una tesis que tiene mayor recepción con el contexto actual. Es que la interpretación clásica parte desde el precepto de que los daños sobrevinientes de un incumplimiento contractual no son, realmente, un hecho ilícito suficiente, y que bajo ningún concepto se podrían indemnizar daños extrapatrimoniales por el incumplimiento de obligaciones que son —supuestamente por naturaleza— patrimoniales. Esta tesis resulta algo caduca. La patrimonialidad de los contratos como fin único de estos se ha desmitificado, y la consideración de que el incumplimiento contractual no es causa ilícita suficiente se ha ido desmintiendo al nivel de incorporar expresamente, en diversos ordenamientos, el resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual.

Esta interpretación centra la discusión respecto de la improcedencia de los daños extrapatrimoniales en la intención del legislador al prescribir el artículo 1572, más que —realmente— en motivos que se pueden sostener sólidamente en cuanto a un análisis jurídico. Es por esto por lo que es fundamental revisar el análisis del artículo previamente mencionado, y así, un breve repaso a la incorporación del daño extrapatrimonial en la legislación civil ecuatoriana.

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

Gran parte de la discusión sobre la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales en nuestro sistema proviene de la palabra *exceptuánse* en el artículo 1572, y sobre a qué hace referencia.

Contrario a la interpretación anteriormente enunciada, parecería ser que cuando el legislador utilizó la palabra *exceptuánse*, no lo hizo para deslindar a los daños extrapatrimoniales de cualquier tipo de resarcimiento contractual, sino que lo que ha hecho es exceptuarlos de la clasificación clásica que se comprende en los daños patrimoniales: el daño emergente y el lucro cesante, por su inaplicabilidad a los perjuicios extrapatrimoniales (Darquea, 2014, p. 85). Esta es la interpretación que considero aplicable. Esta interpretación no desprovee de eficacia al artículo, sino que delimita su exclusión a un estándar lógico: el hecho de no contener a los daños extrapatrimoniales en el cálculo del lucro cesante y daño emergente.

Excluir a los daños extrapatrimoniales de sede contractual llevaría a concluir que el sistema jurídico no sigue el principio esencial de reparación integral del daño (Parraguez y Darquea, 2016, pp. 105-106), y se daría demasiada importancia a la consideración de una minucia: la fuente de la cual nace la obligación de indemnizar. Es por esto por lo que tiene más sentido centrarse en el hecho antijurídico (Ospina Fernández, 2008, pp. 122-123), que ya daría —al menos— un elemento para considerar a un daño como resarcible.

Bustamante Alsina establece que "...la culpa en el incumplimiento contractual se manifiesta por el daño causado al acreedor con negligencia o imprudencia en la observancia del específico deber jurídico establecido convencionalmente" (Bustamante Alsina, 2008, p. 96). El incumplimiento contractual constituye un hecho antijurídico convencional que no debería ser menospreciado por haber nacido de la voluntad de las partes y no de la ley, del delito o del cuasidelito. En este caso, también, el contrato es ley para los contratantes. Así, la

ley a la que se han sometido voluntariamente las partes puede ser menoscabada con hechos contrarios a esta con el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Las diversas reformas al Código Civil respecto de la incorporación de preceptos de daño extrapatrimonial demuestran que el legislador procuró ampliar progresivamente el ámbito de aplicación de los daños extrapatrimoniales. El artículo 1572 no debería ser considerado como excepción a esta amplia aplicación. La intención del legislador de ahondar sobre lo respectivo a los daños extrapatrimoniales —y no restringirlos— puede evidenciarse desde la incorporación en 1970 del concepto de ‘daño moral’, que introdujo el —ahora— artículo 2231 (Reforma al Código Civil ecuatoriano, 1970), como en los demás artículos introducidos con la Ley 171 de 1984 que amplían la aplicación del daño extrapatrimonial e introducen la categoría del daño reputacional (Ley 171, 1984).

La introducción del artículo 1572 con el resto de los preceptos ya permite crear indicios de que se hizo en aras de profundizar sobre el ámbito de los daños extrapatrimoniales, no para palearlos de resarcimiento en el foro contractual (Darquea, 2014, pp. 89-92).

La jurisprudencia ecuatoriana coincide con la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales, como se ha visto en distintas sentencias. En la primera, la empresa Hotel Boulevard y Predial Nueve de Octubre S.A. demandó por perjuicios a Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada. La parte actora estableció que la terminación contractual le había generado tanto perjuicios patrimoniales, como un detrimento a su reputación, ya que el abandono intempestivo de las actividades administrativas había generado reclamos y descontento de los huéspedes, proveedores, y trabajadores. La Corte Nacional de Justicia ratificó la sentencia del juzgado de primera instancia y ordenó el pago de la indemnización por daños extrapatrimoniales.

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

[...] De acuerdo con nuestro ordenamiento legal la reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado... es claro que la empresa Londohotel S.A. y su garante solidaria la Sociedad Comercial Hoteles Limitada incumplieron el contrato de administración y operación del Hotel Casino Boulevard... tal incumplimiento ha causado daños y perjuicios materiales, y perjuicios morales a las empresas demandantes (Corte Nacional de Justicia, 2010, p. 9).

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

Cinco años después de la sentencia anterior, la Corte Nacional hace referencia expresa al artículo 1572, aceptando nuevamente la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales. En dicho caso, el Doctor Bernardo Blum, ginecólogo que celebró con la señora María Augusta Aguirre un contrato de servicios médicos para asistirle en el periodo de gestación, incumplió sus obligaciones contractuales al no haber comunicado a la paciente que padecía de citomegalovirus, y que su hijo nacería con síndrome de Down. Más adelante, el niño fallecería en labor de parto. Sobre esto, la Corte Nacional se pronunció en los siguientes términos:

Si bien es cierto que es discutible que quepa daño moral en sede de responsabilidad contractual, por la literalidad del artículo 1572, creemos que en este caso dada la naturaleza

del contrato de asistencia médica si cabe considerar que del incumplimiento de un contrato entre médico y paciente se produzcan daños morales. La cuantificación de dicho daño moral quedaría al buen criterio del juzgador según el artículo 2232 del Código Civil. Ahora bien, para asignar una indemnización por daño moral debería en la demanda constar una petición por daño moral. La demanda es suficientemente clara en este sentido, por lo que no vemos mayor inconveniente en reconocer daño moral en la madre por los padecimientos sufridos ... (Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 33).

La Sala reconoce que el artículo 1572 del Código Civil no es absoluto y que presenta discusión, resuelve aceptando la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales y avalúa los daños según lo establecido en el artículo 2232. Es evidente, entonces, que el Foro anteriormente mencionado se suma a la evolución jurisprudencial respecto del resarcimiento de los daños extrapatrimoniales en sede contractual.

Si bien en varios ordenamientos jurídicos han surgido dudas acerca del resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual, la tendencia ha sido, más y más, aceptar su aplicación. La jurisprudencia chilena, por ejemplo, ha interpretado favorablemente, en reiteradas sentencias, la procedencia del daño extrapatrimonial contractual (Parraguez y Darquea, 2016, pp. 99-100). El reconocimiento del daño extrapatrimonial no está establecido expresamente su Código Civil, pero la interpretación jurisprudencial no solamente integró esta categoría, sino que fue ampliándola hasta lo que la profesora Carmen Domínguez llama: “la plena reparación del daño extrapatrimonial derivado del contrato” (Hidalgo Domínguez, 2006, p. 231).

El resarcimiento del daño extrapatrimonial contractual en el artículo 1332 del Código Civil peruano, situado en el título que se refiere a los efectos de la inexecución de las obligaciones contractuales, reitera que los daños extrapatrimoniales sobrevinientes de estas también pueden ser indemnizados. Así, se evidencia otro ordenamiento en el que la procedencia de los daños extrapatrimoniales contractuales se ha admitido expresamente (Código Civil peruano, 1984, artículo 1332).

Agregándose a los sistemas en los que se acepta la procedencia del daño extrapatrimonial contractual está el español, en el que la jurisprudencia ha fallado favorablemente en numerosas sentencias (Marín García y Milá Rafel, R., 2017, pp. 212-224). Así el autor Josep Solé Feliu ha establecido: “[e]n la actualidad, no existe duda alguna sobre la posición favorable de los tribunales españoles con respecto a la indemnización del daño moral causado por un incumplimiento contractual” (Solé Feliu, 2009, p. 18).

A pesar de haber una cándida discusión acerca del ámbito indemnizatorio de los daños extrapatrimoniales contractuales, tanto la evolución doctrinaria como la jurisprudencia ecuatoriana llevan a pensar que de ninguna manera los daños extrapatrimoniales contractuales dejan de ser resarcibles, por lo que no deberían presentarse como un limitante a lo que la cláusula penal indemniza. Este, aunque en principio deba ser discutido y estudiado, no es realmente un límite. Los daños extrapatrimoniales contractuales están dentro del ámbito de daños que se resarcan en sede contractual, y comprendidos como están en el Código Civil, deben englobarse dentro de lo que la ejecución de la cláusula penal indemniza.

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

Los artículos referentes a la cláusula penal son tan originales ahora como lo fueron cuando inicialmente se insertaron en el Código Civil, en 1860 (Código Civil, 1860, artículos

1520-1529). A diferencia de lo anterior, la tipificación de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador es, más bien, nueva. Estos daños se introdujeron al Código Civil en 1971, y la Ley 171 de 1984 incorporó y amplió su ámbito de aplicación. Sin embargo, alegar que los daños extrapatrimoniales no existieron en el régimen civil ecuatoriano hasta su inserción expresa en 1970 es impreciso.

Al igual que en el régimen chileno, el Código Civil ecuatoriano cuenta —y ha contado desde el Código de Bello— con el artículo 2229, que prescribe lo correspondiente al régimen general de resarcimiento por daños. El artículo es claro en establecer que *todo daño* que haya sido causado por malicia o negligencia de otro debe ser reparado (Código Civil, 1860, artículo 2304). No hace referencia, ni excluye a una clase de daño en específico y su apertura permite inferir que los daños extrapatrimoniales bien pueden enmarcarse en las disposiciones generales y ser resarcidos por estas.

Por lo anterior, es impreciso señalar que el legislador no tomó en cuenta al daño extrapatrimonial. El legislador ha incorporado un artículo suficientemente amplio para dejar a discreción judicial la indemnización de esta especie de daños. La tipificación del daño extrapatrimonial en la década de los setenta, y la ampliación de este en los ochenta, no presupone la inexistencia de estos previamente, sino su demarcación exacta en el Código Civil.

Ahora, respecto de la inserción expresa de la institución de los daños extrapatrimoniales en el Ecuador, cabe considerar que, al momento de incorporarse nuevas normativas dentro de un cuerpo legal, es fundamental que las normas tengan una interdependencia y coherencia entre sí para que tengan sentido sistemático y no estén aisladas unas de otras (Diez-Picazo y Gullón, 2015, p. 169).

En este sentido, Ricardo Guastini ha establecido: “...las normas que componen un ordenamiento no están recíprocamente desconectadas y son entre sí independientes sino que, por el contrario, tienen relaciones las unas con las otras” (Guastini, 2004, p. 259). Así, si la intención del legislador fuese la de desconectar una institución de otra, o limitar la aplicación de una institución introducida del resto del ordenamiento, deberá establecerse expresa o tácitamente (Kelsen, 1960, pp. 39-40), porque de no existir esta exclusión, se entenderían a las instituciones como armónico con el resto del ordenamiento.

Lo que es cierto es que, con unas precisiones, fácilmente puede entenderse como ambas instituciones presentan puntos de conexión fundamentales, que aportarían a la teoría de la armonización y coexistencia de estas, sobre todo en cuanto al carácter pecuniario que el legislador les ha conferido a los daños extrapatrimoniales en el ordenamiento ecuatoriano. Así, el artículo 2232 del Código Civil prescribe: “En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales...” (Código Civil, 2005, artículo 2232).

Lo anterior es de suma importancia porque demuestra que el legislador ha decidido que, a pesar de que desde el punto de vista emocional de la víctima el daño extrapatrimonial es inconmensurable, es mejor resarcirlo con dinero a dejarlo sin indemnización alguna (Barros Burie, 2006, p. 288).

Así es como debe entenderse a la coexistencia de estos regímenes. La diferencia entre los momentos en los cuales se incluyeron ambas instituciones poco tiene que ver con su conexión, porque se asume —y es así en efecto— que ambas coexisten sistemáticamente y funcionan como un todo, sin excluirse y comprendiéndose entre sí de ser necesario.

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

El último de los aparentes obstáculos que parece surgir en contra de la evaluación anticipada de los daños extrapatrimoniales es el que establece que estos son, en principio, imprevisibles e incalculables. El hecho de que los daños extrapatrimoniales carezcan del carácter objetivo del que están provistos los daños patrimoniales no los vuelven una institución etérea que no puede ser sujeta a previsibilidad o evaluación alguna, y la legislación así lo reconoce.

Un análisis detenido del Código Civil demuestra claramente que las únicas categorías de daños que se consideran predeterminadamente imprevisibles son los causados por fuerza mayor o caso fortuito.

El artículo 1574 hace referencia a esta categoría de daños que el Código considera como imprevisibles. Pero incluso la mora o el incumplimiento causados en consecuencia de estas categorías se pueden considerar como indemnizables, ya que el artículo prevé que: “las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. Así, si es que los contratantes desearan que los daños causados por fuerza mayor o caso fortuito sean resarcibles, tendría que establecerse expresamente (Código Civil, 2005, artículo 1574). Este último es el límite de las reparaciones contractuales en cuanto a la imprevisibilidad.

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

Ahora, puede sostenerse que no es procedente la evaluación de daños extrapatrimoniales en la cláusula penal porque esta es una categoría incalculable. Este argumento se desvirtúa por dos motivos: *primero*, porque transferir la evaluación de daños extrapatrimoniales a un juzgador no sanearía la dificultad que se tiene en cuanto a su evaluación, ya que esta liquidación, incluso si proviene de la sana crítica de un juez, siempre será una tarea de suma dificultad que recae en criterios subjetivos (Gómez Liguierre, 2017, pp. 51-53); y, *segundo*, que la incertidumbre y la dificultad de calcular anticipadamente a los perjuicios es algo que acompaña a varios tipos de daños y no solamente al extrapatrimonial. En principio, la evaluación convencional tiene prevalencia, incluso si es que esta se hace sobre criterios subjetivos (Corte Suprema de Justicia de Chile, 2008, p. 10).

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

Se puede observar cómo: (i) el primer límite propuesto no es realmente tal, ya que tanto la evolución jurisprudencial como doctrinaria han favorecido a la interpretación de que los daños extrapatrimoniales son resarcibles en sede contractual; esto los vuelve daños indemnizables, y por lo tanto, calculados de manera predeterminada por la evaluación en la cláusula penal; (ii) el segundo obstáculo no tiene fundamento, ya que la institución del daño extrapatrimonial es absolutamente armónica con la de la cláusula penal; y (iii) la subjetividad que acompaña a la evaluación de los daños extrapatrimoniales no es motivo suficiente para

establecer que estos son incalculables o imprevisibles, por lo que bien podrían evaluarse anticipadamente en la cláusula de daños liquidados.

4. La cláusula penal como evaluación de todos los perjuicios

Como se mencionó anteriormente, las opciones presentadas por el artículo 1559 del Código Civil son claras, definitivas y solo podrían limitarse expresamente. El artículo mencionado permite solicitar la pena como indemnización convencional, o la indemnización de perjuicios judicialmente. La regla general, siguiendo lo establecido en los artículos correspondientes a la cláusula penal, es que al momento de su ejecución se entiendan ejecutados todos los daños que podrían sobrevenir del incumplimiento contractual, y que la legislación conoce, impidiéndole solicitar perjuicios judicialmente a menos que se haya pactado así de manera expresa.

En este orden, Meza Barros establece: “[l]e está vedado [al acreedor] reclamar la pena e intentar, en la forma ordinaria, un cobro de perjuicios suplementario, salvo expresa estipulación en contrario” (Meza Barros, 2007, p. 148). Sobre los daños que la legislación considera como indemnizables, debe usarse como guía al ya mencionado artículo 2229 del Código Civil. Este prescribe que, como regla general, *todo daño* al que pueda imputársele malicia o negligencia de una persona a otra debe ser reparado por la persona maliciosa o negligente (Código Civil, 2005, artículo 2229).

Excluir predeterminadamente a los daños extrapatrimoniales de la evaluación anticipada de perjuicios desnaturalizaría a la cláusula penal y perdería su conveniencia para los contratantes. La utilidad que la cláusula presenta para no tener que probar los daños causados es altísima, y es por eso que, excepcionalmente, el Código brinda la posibilidad de someter los daños a consideración judicial solamente si es que así se ha querido. Esto es: (i) expresamente, por haber estipulado la posibilidad de solicitar la indemnización conjuntamente con la pena; (ii) en los casos en los cuales las partes han estipulado cuáles son los daños que no se evaluarán en la cláusula; o (iii) al momento de ejecutar el derecho de opción por la indemnización judicial.

5. Conclusiones

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

Primero, la cláusula penal es, en su sentido más práctico, una cláusula de daños liquidados. Si bien se han reconocido doctrinariamente una serie de funciones que engloban a la cláusula penal; es en su sentido resarcitorio donde mayor utilidad y efectos tiene.

Segundo, es deseable mantener los beneficios sobrevinientes de la estipulación de la cláusula penal, a menos que la voluntad de las partes quiera modificarlos. El hecho de evaluar anticipadamente los daños y perjuicios por medio de una cláusula penal tiene efectos deseables para los contratantes, como son la consideración justa de la indemnización por incumplimiento contractual, y la ‘liberación’ de la carga de la prueba del daño. Estos efectos son vitales para los contratantes, y la naturaleza misma de la cláusula penal debe mantenerse bajo estos.

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

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

Quinto, los daños extrapatrimoniales contractuales son resarcibles y se abarcan en la cláusula penal. Tanto la jurisprudencia como la doctrina ha considerado que la discusión respecto de la indemnización de los daños extrapatrimoniales en sede contractual ha sido superada. Por lo tanto, la procedencia de estos daños en sede contractual conlleva consigo la aceptación de que estos serán evaluados en la cláusula penal.

Sexto, la institución de la cláusula penal y la del daño extrapatrimonial son interdependientes y armónicas entre sí. A pesar de que ambas instituciones se incorporaron al Código Civil con más de doscientos años de diferencia, ambas instituciones se complementan, y la obligatoriedad de que el Código sea sistemáticamente coherente hace que ambas encuentren cabida. De la misma manera, no se ha encontrado antinomias o exclusiones normativas entre ambas normas, haciendo que su interdependencia sea armónica y válida.

Séptimo, la subjetividad de los daños extrapatrimoniales no es fundamento para establecer que su evaluación en la cláusula penal es imposible. Si bien la evaluación de los daños extrapatrimoniales ha presentado dificultades, esta no es distinta a las evaluaciones sobrevinientes, por ejemplo, del lucro cesante, y es de plena aplicación que las partes son los liquidadores óptimos para considerar cuál es el monto que resarciría al daño extrapatrimonial sobreviniente del incumplimiento del contrato.

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

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (1993). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., y Vodanovic, A. (1971). *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento.
- Barros Burie, E. (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante Alsina, J. (2008). *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Contreras, J. A. (2012). La tasación de perjuicios mediante cláusula penal en el derecho colombiano. *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, pp. 1-28. <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.48.2012.03>
- Corral Talciani, H. (2009). La cláusula penal en la resolución del contrato. En E. Alcalde y H. Fábrega (coords.). *Estudios Jurídicos en homenaje a Pablo Rodríguez Grez*, vol. 8 (pp. 331-360). Santiago: Ediciones Universidad del Desarrollo.

- Corral Talciani, H. (2014). *La "Cláusula Penal": función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Darquea, J. C. (2014). Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: Análisis del Artículo 1572 del Código Civil. *Tesis de Pregrado, Universidad San Francisco de Quito*. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3872>
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (2015). *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.
- Gatica Pacheco, S. (1959). *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez Liguere, C. (2017). Concepto de daño moral. En F. Gómez Pomar y I. Marín García (ed.). *El daño moral y su cuantificación* (pp. 29-71). Barcelona: Walter Kluwer.
- Guastini, R. (2004). Proyecto para la voz "ordenamiento jurídico" de un diccionario. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 27, pp. 247-282. <https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.09>
- Domínguez Hidalgo, C. (2006). La reparación del daño moral derivado de contrato en el Derecho Civil chileno: realidad y límites. En G. Íñigo de la Maza (ed.). *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado III* (pp. 227-244). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales Escuela de Derecho.
- Kelsen, H. (1960). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Ciudad de México: UNAM.
- Kemelmajer, A. (1981). *La Cláusula Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Larrea Holguín, J. (1998). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo XV. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Marín García, I. y Milá Rafel, R. (2017). Daño moral contractual. En F. Gómez Pomar y I. Marín García (ed.). *El daño moral y su cuantificación*. (pp. 201-254) Barcelona: Walter Kluwer.
- Meza Barros, R. (2007). *Manual de Derecho Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mosset Iturraspe, J. (1986). *Responsabilidad por daños: El daño moral*. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar.
- Ospina Fernández, G. (2008). *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis.
- Paez Salgado, D. (2015). ¿Daño moral por incumplimiento de contrato? Comentario a Sentencia de Corte Nacional de Justicia de Ecuador de 8 de septiembre de 2010. *Juris Dictio*, vol. 14 (16) , pp. 55-78. <https://doi.org/10.18272/iu.v14i16.729>
- Parraguez, L., y Darquea, J. C. (2016). La arbitrabilidad del daño moral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, núm. 8, pp. 93-114. <https://doi.org/10.36649/rea8>
- Solé Feliu, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. Indret: *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, pp. 1-42. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124352/172325>

Legislación

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2005). *Código Civil* (CC). Codificación No. 2005-010. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.
- Comisión Revisora del Proyecto de Código Civil (1984). *Código Civil del Perú*. Decreto legislativo No. 295 de 25 de junio de 1984.

- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1860). *Código Civil* (CC). Registro Auténtico 1860 de 3 de diciembre de 1860.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1970). *Código Civil* (CC). Registro Oficial No. 446 de 4 de junio de 1970.
- Congreso Nacional de la República del Ecuador (1984). *Ley 171*. Registro Oficial No. 779 de 4 de julio de 1984.

Sentencias

- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia (2015). Sentencia de 7 de septiembre de 2015. No. 17711-2014-0158.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia (2010). *Hotel Boulevard y Predial Nueve de Octubre S.A. c. Londohotel S.A. y Sociedad Comercial Hoteles Limitada*. Sentencia de 8 de septiembre de 2010. No. 019-2007-Ex 3ra k.r.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2008). Sentencia de 24 de marzo de 2008. Rol No. 136-2006.
- Corte Suprema de Justicia de Chile (2010). Sentencia de 2 de marzo de 2010. Rol No. 4626-2008, LP No. 43469.