

La reparación del daño precontractual en el sistema civil ecuatoriano: modelos y límites

Remedies for Precontractual Damages in the Ecuadorian Civil System: Models and Limits

BERNARDA HARO AILLÓN*

Recibido / Received: 25/01/25

Aceptado / Accepted: 21/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3783>

Citación:

Haro, Bernarda. “La reparación del daño precontractual en el sistema civil ecuatoriano: modelos y límites”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3783>.

* SBL Abogados, Abogada, Edificio Site Center, Torre III, Oficina 101, casilla postal 17-1200-841, Quito 170904, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bernardaharo1@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4858-6800>.

RESUMEN

El sistema civil ecuatoriano regula la responsabilidad a partir de la dualidad clásica del régimen contractual y extracontractual, por lo que ha prevalecido una discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual. Este análisis pretende establecer el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño. Para ello, se analizan tres supuestos: (a) ruptura injustificada de tratativas; (b) contratos afectados en su validez; y (c) contratos válidos pero desventajosos para una parte. El estudio presenta tres hallazgos principales. Primero, el régimen de responsabilidad aplicable a todos los supuestos es el extracontractual por su carácter residual. Segundo, la reparación pecuniaria debe considerar el interés negativo que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. La única hipótesis para reparar el interés positivo es la introducción de deberes precontractuales al contenido del contrato. Tercero, son procedentes las medidas de reparación no pecuniarias para reajustar el equilibrio contractual.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; tratativas; daño precontractual; *culpa in contrahendo*; ruptura injustificada

ABSTRACT

The Ecuadorian civil system regulates liability based on the classic duality of the contractual and extracontractual regime, which is why the treatment of precontractual liability has been constantly discussed. This analysis looks to establish the applicable regime to precontractual liability and the remedy for the precontractual damage. To this end, three categories of precontractual liability are analyzed: (a) unjustified rupture of negotiations; (b) contracts affected in their validity; and (c) valid but disadvantageous contracts for one of the parties. The study presents three main findings. First, the regime applicable to all precontractual categories is extracontractual due to its residual nature. Second, pecuniary compensation must consider the negative interest that includes consequential damage and loss of opportunity. The only hypothesis to repair the positive interest is the introduction of precontractual duties to the content of the contract. Third, non-pecuniary reparation measures are applicable to readjust the contractual balance.

KEYWORDS

Pre-contractual liability; negotiations; pre-contractual damage; good faith; breach of negotiations

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien ha infringido el deber jurídico de no dañar a otros tiene la obligación de indemnizar los daños producidos. Los sistemas civiles clásicos, como el nacional, que optan por una tesis dualista, clasifican a la responsabilidad en contractual y extracontractual¹. A partir de ello surge la discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual, derivada de una transgresión al *alterum non laedere* en la negociación del contrato.

El sistema civil nacional no regula la responsabilidad precontractual. En consecuencia, cabe, en primer lugar, examinar el régimen de responsabilidad aplicable; y, en segundo lugar, analizar la medida de reparación del daño precontractual.

Para el análisis se clasifican las hipótesis de responsabilidad precontractual en tres categorías: a) supuestos que impiden la formación del contrato; b) supuestos que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y c) supuestos que resultan en contratos válidos pero desventajosos para una parte. Respecto a la medida de reparación del daño se examinan tres modelos: a) interés negativo limitado al daño emergente; b) interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad; y c) interés positivo que abarca el daño emergente y lucro cesante. Además, se aborda la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

Para abordar la cuestión, se emplea un análisis deductivo que parte de los principios generales así como la comparación jurídica en dos dimensiones. Desde la óptica interna se estudian las normas del Código Civil que ilustran la aplicación de la responsabilidad precontractual. Desde el plano externo, se examina el tratamiento de esta institución en sistemas dualistas; entre ellos se destacan los regímenes chileno y colombiano, que son análogos al régimen nacional.

El presente análisis concluye, en primer lugar, que el régimen de responsabilidad extracontractual es aplicable a la responsabilidad precontractual por su sistema de cláusula general. En segundo lugar, en cuanto a la medida de reparación, acoge la indemnización basada en el interés negativo, salvo que los deberes precontractuales se proyecten en el contenido del contrato. Además, aboga por la procedencia de remedios no pecuniarios.

1 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Chile: Thomson Reuters, 2003), 26.

2. POSTURAS SOBRE EL RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El régimen aplicable a la responsabilidad precontractual no es pacífico. Esto se debe a que el alcance de cada régimen también se encuentra dividido. En cuanto a la responsabilidad contractual, se discute si es aquella derivada de un incumplimiento obligacional² o aquella derivada de un incumplimiento exclusivamente contractual³. Respecto a la responsabilidad extracontractual, se discute si es aquella derivada de delitos o cuasidelitos civiles⁴ o del régimen residual aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales u obligacionales⁵.

En consecuencia, existen posturas contrarias respecto al régimen aplicable. Por un lado, Díez-Picazo⁶ y Monsalve Caballero⁷ entienden el régimen contractual a partir de una interpretación que abarca todo incumplimiento obligacional. Por tanto, califican como obligaciones a las conductas exigibles en la fase precontractual. Por el contrario, Albaladejo⁸, Ospina Fernández⁹, Barros Bourie¹⁰ y Parraguez Ruiz¹¹ adoptan el régimen extracontractual por su carácter residual. Esta discusión ha sido plasmada en la jurisprudencia que también se encuentra dividida en este punto¹².

En cuanto a la medida de reparación, la postura mayoritaria se inclina por el interés negativo que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si no hubiese oído sobre el contrato¹³. Sin embargo, recientemente se ha abordado la posibilidad de incluir el interés positivo, es decir, aquel que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido¹⁴. En el ámbito comparado se discute, además, la posibilidad de otorgar remedios distintos a la reparación pecuniaria¹⁵.

2 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones, tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 124.

3 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2009), 39.

4 Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil: Parte general, tomo II* (Buenos Aires: Perrot, 1997), 62.

5 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983), 80.

6 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Pamplona: Thomson Civitas, 2007), 325.

7 Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad precontractual* (Bogotá: Ibáñez, 2014), 341.

8 Manuel Albaladejo, *Derecho civil II: Derecho de las obligaciones* (Madrid: Edisofer, 2008), 378.

9 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Fernández, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 151.

10 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 131.

11 Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 870.

12 A favor de la tesis contractual en Chile, ver Causa CL/JUR/788/2018, Corte Suprema de Justicia, 12 de abril de 2012. A favor de la tesis extracontractual en Ecuador: Causa 215-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014; en Colombia: Causa 1-1001-3103-036-2004-00037-0, Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014; y en España: Causa 405/1998, Tribunal Supremo de España, 16 de mayo de 1988.

13 Carmen Jerez Delgado, "Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual", en *Derecho de daños 2020*, dir. Mariano José Herrador Guardia (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), 657-712.

14 Causa 19001-3103-003-2000-00183-01, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014.

15 María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, "La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo", *Indret Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2010): 49, <https://indret.com/la-responsabilidad-precontractual-en-el-derecho-contractual-europeo>.

En el único caso que trata la responsabilidad precontractual a nivel nacional, a Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) se inclinó por el régimen extracontractual y definió el monto de la reparación con base en el interés negativo. No obstante, en el *quantum* incluyó valores propios del interés positivo¹⁶. Además, la CNJ no consideró la posibilidad de otorgar remedios distintos a una indemnización pecuniaria.

3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN ECUADOR

El Código Civil mantiene el sistema dualista de responsabilidad desde 1860¹⁷. El Título XXXIII del Libro IV regula la responsabilidad extracontractual a partir de los delitos y cuasidelitos. Por su parte, Título XII del Libro IV, que se refiere al efecto de las obligaciones, regula la responsabilidad contractual a partir de las obligaciones contractuales.

En virtud de su concepción dualista, el Código no prevé un régimen para la responsabilidad precontractual. A pesar de que esta teoría fue desarrollada por la doctrina alemana en la misma época, no fue contemplada por el Código de Bello¹⁸.

En Ecuador, el punto de partida es el caso Prophar S. A. c. Merck¹⁹. En el año 2002, las farmacéuticas Prophar S. A. y Merck Sharp & Dohme iniciaron negociaciones para que la primera adquiriera una planta industrial de la segunda. Tras un año de negociaciones, Merck impuso nuevas condiciones que fueron parcialmente aceptadas por Prophar S. A. Sin embargo, en enero de 2003, Merck terminó abruptamente las negociaciones y celebró el contrato con un tercero.

En primera y segunda instancia, así como en casación, la discusión se centró en cuestiones de libre competencia. No obstante, tras el planteamiento de una acción extraordinaria de protección, se ordenó que se dicte una nueva sentencia de casación como medida de reparación²⁰. Así, en 2014 la CNJ examinó por primera vez el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño.

16 Causa 215-2014, pág. 174.

17 Código Civil, R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

18 Catalina Salgado Ramírez, "Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering: Aproximación doctrinal", *Revista de Derecho Privado* 22 (2012): 297.

19 Causa 215-2014.

20 Parraguez, "La responsabilidad precontractual", 205.

4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Para la mayor parte de la doctrina continental, la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento en el principio de buena fe. Este criterio ha sido recogido, por ejemplo, en instrumentos de *soft law*, entre los cuales destacan los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante principios UNIDROIT)²¹ y los principios de derecho europeo de contratos (en adelante PDEC)²².

En el Código Civil, la buena fe contractual está regulada en el artículo 1562, a partir de su dimensión objetiva que impone un estándar de lealtad a los negociantes. Se trata de una conducta que “un contratante medianamente correcto y leal se siente en el deber de hacer o no hacer”²³. Por otro lado, el deber jurídico de no dañar, propio del régimen extracontractual, exige la conducta de “una persona razonable [...] con miras a respetar los intereses ajenos”, según las circunstancias²⁴.

La doctrina autorizada de Parraguez Ruiz se decanta por el régimen extracontractual y sostiene, como fundamento de la responsabilidad precontractual, que la buena fe objetiva es extensiva en todo el *iter* contractual²⁵.

Al contrastar ambos criterios, consideramos que se trata de un mismo estándar de conducta, a pesar de que el *alterum non laedere* es más amplio. Así, por una cuestión de concordancia con la estructura civil nacional, la adopción del régimen contractual conllevaría la aplicación de la buena fe objetiva, mientras que, en la adopción del régimen extracontractual, parecería innecesaria la extensión de la buena fe contractual al ámbito precontractual, puesto que el *alterum non laedere* aplica el mismo estándar de conducta. Esta propuesta fue aplicada, por ejemplo, por el Tribunal Supremo Español (en adelante TSE), que, en adopción del régimen extracontractual, fundamentó la responsabilidad precontractual en el deber jurídico de no dañar²⁶.

5. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El ordenamiento jurídico impone pautas de conducta durante las tratativas. Entre ellas destacan: a) la manifestación de información relevante para la celebración del contrato; b) la confidencialidad de información sensible revelada

21 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Roma: UNIDROIT, 2016), artículo 2.1.15.

22 Esther Arroyo i Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008): 101, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-10021100239.

23 Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 454.

24 Diego Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 41 (2014): 50. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200003.

25 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 857.

26 Causa 405/1998.

con ocasión de las negociaciones; y c) la prohibición de abandonar las negociaciones de manera injustificada²⁷.

Estas pautas, en los sistemas de tradición civilista, no son vinculantes. Como señala Barros Bourie, mientras no existe consentimiento no nacen obligaciones entre las partes, sino únicamente deberes de cuidado derivados del contacto negocial²⁸.

El elenco de deberes exigibles en la fase precontractual es amplio. Para efectos de este estudio, se plantea un criterio de clasificación que atiende a parámetros de perfeccionamiento y validez. Así, se analizan supuestos que a) impiden la formación del contrato; b) permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y c) permiten la formación de un contrato válido pero desventajoso para una parte.

5.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

Este supuesto ha sido contemplado en distintos regímenes jurídicos; entre ellos, el nacional. El Código de Comercio se refiere al deber de buena fe en las tratativas e impide su interrupción injustificada²⁹. Si bien existe una tendencia a establecer responsabilidad en este supuesto, su alcance no es uniforme. La postura mayoritaria se inclina por limitar la libertad contractual en negociaciones avanzadas³⁰. Cabe resaltar, sin embargo, que la trasgresión no es el retiro de las negociaciones, sino la trasgresión a las expectativas legítimas de la contraparte sin justificación³¹.

La determinación de expectativas legítimas ha sido desarrollada con el fin de establecer criterios objetivos. Se ha señalado que la generación de confianza requiere, al menos, una consideración de los elementos esenciales del contrato. Este criterio fue considerado en el caso *Prophar S. A. c. Merck*³². También se ha planteado un examen de la conducta de ambas partes, con el fin de descartar una suposición precipitada o negligente de una de ellas en cuanto a la celebración del contrato³³.

El TSE definió los requisitos para establecer responsabilidad en este supuesto: a) la suposición de confianza razonable respecto a la plasmación del contrato, b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos, c) el daño a una de las

27 Oviedo, "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", 95.

28 Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

29 Artículo 221, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019.

30 Lilian San Martín Neira, "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones", *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013): 322. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4244884.pdf>.

31 Causa 1872/2010, CS de Chile, 29 de diciembre de 2011.

32 Causa 215-2014.

33 Causa 1999/4105, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

partes y d) la relación de causalidad entre el daño y la confianza generada³⁴. Los presupuestos señalados son aquellos de la responsabilidad extracontractual, lo cual da luces sobre el régimen aplicable.

5.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

Un vicio de nulidad puede generar responsabilidad precontractual por falta al deber de información durante las negociaciones cuando una parte conocía o debía conocer el vicio. Esta hipótesis es la semilla de la *culpa in contrahendo* planteada por Von Ihering y en la actualidad configura un supuesto típico en el sistema alemán³⁵. Dado que el sistema nacional contempla un régimen de anulabilidad³⁶, este supuesto se enmarca en contratos que han sido declarados nulos y, además, han generado perjuicios.

Cabe notar que las restituciones mutuas no configuran *per se* la reparación al daño³⁷. Su naturaleza jurídica es restitutoria y no reparatoria, puesto que el fin es devolver a las partes a la situación en la que se encontraban previo a la celebración del contrato³⁸. Esto, sin embargo, no contempla los daños generados como consecuencia de un contrato nulo, que, como ha señalado la jurisprudencia francesa, deben ser objeto de reparación³⁹.

De manera ilustrativa se plantean dos supuestos de responsabilidad precontractual que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez por una causa imputable a una parte. Específicamente, se aborda el error y dolo como supuestos que vician el consentimiento⁴⁰. De acuerdo con el Código Civil, estos vicios son sancionados con nulidad relativa a petición de la parte afectada⁴¹.

El primer supuesto es el dolo principal, es decir, aquel imputable a una de las partes. El dolo como vicio del consentimiento constituye “toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe”⁴². Los Principios UNIDROIT toman una postura similar. Además, se refieren específicamente al deber de información y califican como dolo a la omisión de revelar circunstancias relevantes de acuerdo con criterios razonables de lealtad negocial⁴³.

34 Causa 527/1999, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

35 Oviedo, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, 103.

36 Artículos 1699 y 1700, CC.

37 Luis Díez-Picazo, “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *ADC* 62 (2009): 1046.

38 Ruperto Pinoche Olave y Ricardo Concha Machuca, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: Carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado* 28 (2015): 133.

39 Causa 00-10-243, Sala de lo Civil de la Corte de Casación de Francia, 26 de noviembre de 2003.

40 Artículo 1467, CC.

41 Artículo 1700, CC.

42 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, tomo XI* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 220.

43 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 3.2.5.

En el ámbito contractual, el Código Civil se refiere al dolo como la decisión consciente de incumplir lo pactado⁴⁴; y, en el régimen extracontractual, como la intención de causar daño⁴⁵. Si bien el Código no define al dolo en materia de vicios del consentimiento, la jurisprudencia ha establecido que este configura un engaño que tiene como fin que la otra parte celebre el contrato⁴⁶.

Un segundo supuesto es el error que, como vicio del consentimiento, configura una falsa representación que la parte atribuye a declaraciones o comportamientos, por lo que otorga un significado distinto al que tiene objetivamente⁴⁷. En este caso, el error se deriva de la falta al deber de información, por lo que es imputable a una parte. Este deber está supeditado a tres consideraciones: a) la carga está en la parte que pueda obtener la información a menor costo; b) el cumplimiento del deber de autoinformación sobre los aspectos relevantes del negocio jurídico; y c) la pertinencia de la información⁴⁸.

5.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

Existen supuestos en los que durante la etapa precontractual se configuró un daño; sin embargo, no se permite a la parte afectada una desvinculación contractual, a pesar de que se encuentra en una situación de desventaja. La desvinculación podría no ser posible porque el hecho no alcanza la categoría de vicio del consentimiento. En otros casos, la relación contractual podría haber terminado. Por último, la parte afectada simplemente podría buscar una reparación del daño, sin interés en una desvinculación contractual.

Un modelo de la primera hipótesis se encuentra en los PDEC⁴⁹. Se refiere a un contrato basado en información incorrecta que, si bien no alcanza la categoría de error, permite a la parte afectada exigir una indemnización.

Esta categoría ha sido analizada por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga. Los autores califican a este supuesto como errores ligeros que no vician la voluntad⁵⁰. Si bien la parte afectada no tiene acción de nulidad, su contraparte debe asumir el riesgo de la asimetría de información al haber otorgado datos incorrectos sin justificación⁵¹.

44 Artículo 1574, CC.

45 Artículo 29, CC.

46 Raymond Marchal y Leonie Oliver c. René Elie, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de diciembre de 1959, pág. 3.

47 Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones, tomo I* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969), 312, citado en Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica), 438.

48 Juan Goldenberg Serrano, “¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?”, *Revista de Derecho* 32, n.º 2 (2019): 101-21, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7262372>.

49 Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, 106.

50 Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1961), 335.

51 Carmen Jerez Delgado, *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 104.

Otro supuesto es el vicio de sorpresa o intimidación planteado desde el derecho de consumo. Para Solé Feliu, el acoso disminuye la libertad del consumidor, por lo que debería ser considerado un vicio del consentimiento⁵². En la legislación ecuatoriana, existe una referencia a este supuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que sanciona estas conductas con una multa, aunque no compromete la validez del contrato⁵³. Esto no obsta, sin embargo, que el consumidor pueda reclamar los daños generados.

Además, está el supuesto de dolo incidental recogido en el Código Civil⁵⁴. Este dispone que el dolo de un tercero no vicia el consentimiento, pero otorga una acción reparatoria. El daño, entonces, se traduce en las “condiciones diversas que hubieran sido económicamente más favorables al contratante cuya voluntad fue desviada a causa del dolo”⁵⁵.

Otro supuesto interesante es aquel en el que existe un vicio de nulidad, pero la parte afectada no busca una desvinculación contractual. El TSE examinó esta posibilidad y la respuesta fue afirmativa en cuanto no existe en el Código Civil español una norma que excluya esta posibilidad y, además, existe una norma expresa que admite como compatibles y, al mismo tiempo, independientes de la acción resolutoria y la de resarcimiento⁵⁶.

El mismo razonamiento es aplicable al sistema nacional, puesto que en esta materia la normativa es análoga. El Código Civil no cuenta con una norma expresa que admita una acción indemnizatoria sin que medie la acción de nulidad. Sin embargo, contempla la independencia de la acción indemnizatoria en el contexto de la resolución contractual⁵⁷. Por tanto, en línea con la jurisprudencia española, es admisible reparar el daño causado por un vicio en la fase precontractual, sin perder el vínculo contractual.

Por último, está la vulneración al deber de confidencialidad. Cabe notar que, si bien el hecho es independiente de la celebración del contrato, se incluye en esta categoría porque la falta no afecta al perfeccionamiento o validez contractual. Este deber ha sido contemplado por los PDEC⁵⁸ y los principios

52 Josep Solé Feliu, “La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España”, *InDret* 4 (2016): 4. <https://indret.com/la-intimidacion-o-amenaza-como-vice-del-consentimiento-contractual-textos-principios-europeos-y-propuestas-de-reforma-en-espana>.

53 Artículo 27(10), Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R. O. Suplemento 555 del 13 de octubre de 2011.

54 Artículo 1474, CC.

55 Antonino Cataudella, *I contratti: Parte generale* (Turín: Giappichelli Editore, 2019), 112-3, citado en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el período precontractual: Vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, *ADC* 73, n.º 4 (2020): 1374. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7853289>.

56 Causa 924/2000, TSE, Sala Primera de lo Civil, 18 de enero de 2007.

57 Artículo 1505, CC.

58 Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, 302.

UNIDROIT⁵⁹ y se refiere a la abstención de divulgación de información sensible que una o ambas partes han compartido con motivo del contacto negocial.

6. RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La responsabilidad precontractual no obedece rigurosamente a parámetros de responsabilidad contractual o extracontractual, por lo que consideramos que su naturaleza jurídica en estricto sentido pertenece a un *tertium genus*. Sin perjuicio de ello, ante el sistema dualista de responsabilidad que mantiene el ordenamiento ecuatoriano, analizamos cada categoría de responsabilidad precontractual y concluimos que el régimen aplicable es el extracontractual a causa de a) la interpretación restrictiva otorgada al régimen contractual y b) la concepción residual del régimen extracontractual.

6.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

La determinación del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual en este supuesto no es pacífica. La cuestión se agudiza porque la doctrina también discute el alcance de cada régimen. Respecto a la responsabilidad contractual, Abeliuk Manasevich⁶⁰, Vodanovic Haklicka⁶¹ y Alessandri Rodríguez⁶² sostienen que se requiere una obligación previa. Por otro lado, Velásquez Posada⁶³, Tamayo Jaramillo⁶⁴ y García Vásquez⁶⁵ se refieren exclusivamente a una obligación contractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado mayormente por una interpretación restrictiva. Así, la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), señaló que la responsabilidad contractual “se origina en la celebración de un contrato”⁶⁶. A pesar de que el alcance del régimen contractual guarda relevancia teórica y práctica, la discusión no incide fundamentalmente en materia de responsabilidad precontractual en cuanto no existen obligaciones contractuales o de otra fuente.

Por otro lado, la respuesta tampoco es pacífica respecto al alcance del régimen extracontractual. Abeliuk Mavasevich⁶⁷ y Llambías⁶⁸ limitan su aplicación a los delitos y cuasidelitos, mientras Alessandri Rodríguez⁶⁹ y Vodanovic

59 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 2.1.16.

60 Abeliuk, *Las obligaciones*, tomo I, 124.

61 Arturo Vodanovic Haklicka, *Curso de derecho civil, tomo III* (Santiago de Chile: Nascimento, 2006), 124.

62 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.

63 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

64 Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil, tomo I*, 68.

65 Diego García Vásquez, “La responsabilidad contractual”, *Responsabilidad Civil y del Estado* 4 (2008): 177.

66 Causa 142-2001.

67 Abeliuk, *Las obligaciones*, tomo I, 124.

68 Llambías, *Tratado de derecho civil: Parte general, tomo II*, 62.

69 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.

Haklicka⁷⁰ adoptan una postura amplia y concuerdan que este es el régimen residual, aplicable en los casos que escapan el régimen contractual. La determinación del alcance de la responsabilidad extracontractual es fundamental para delimitar el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado por una postura amplia y ha señalado que la responsabilidad extracontractual aplica ante la ausencia de obligaciones⁷¹. Por su parte, la jurisprudencia chilena ha tomado la misma postura con base en su Código Civil que guarda armonía con el ecuatoriano en materia de responsabilidad. Así, señaló que: “la regla general es la responsabilidad extracontractual [...] aplicable a cualquier acto que no sea la ejecución de un contrato que cause perjuicio a otro”⁷².

El carácter de cláusula general del régimen extracontractual es armónico con la postura restrictiva adoptada para el régimen contractual. Así, el régimen extracontractual resulta aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales. En este sentido también se ha pronunciado Corral Talciani respecto del Código Civil chileno que, en términos análogos al Código Civil nacional, regula a la responsabilidad civil a partir de una postura dualista⁷³.

La doctrina que aboga por la aplicación del régimen contractual se refiere a la formación de una relación jurídica entre los negociantes. En este sentido se han pronunciado autores como Díez-Picazo⁷⁴. Esta postura, sin embargo, no es aplicable al sistema nacional porque en la fase precontractual surgen únicamente deberes jurídicos, puesto que no existe contrato perfeccionado ni obligaciones jurídicas⁷⁵.

A partir de un fundamento distinto, Monsalve Caballero señala que el régimen contractual es procedente por el principio de integración. En virtud de ello, se agregaría al contenido del contrato las expectativas razonables generadas en las negociaciones⁷⁶. Sin embargo, no sería posible aplicar la integración contractual si no existe un contrato⁷⁷.

Desde otra perspectiva, Risueño propone aplicar el régimen contractual porque los efectos de los acuerdos en las negociaciones serían análogos a los contractuales⁷⁸. La postura no es procedente porque en el sistema civil nacional un acuerdo no es equivalente a un contrato. Según el Código Civil, un contrato

70 Vodanovic, *Curso de derecho civil*, tomo III, 196.

71 Causa 142-2001.

72 Victor Loewenwarter y Roberto Sánchez, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: Código Civil y leyes complementarias*, tomo X (Santiago de Chile: Edición Jurídica de Chile, 1998), 27.

73 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 26.

74 Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 326.

75 Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

76 Monsalve, *Responsabilidad precontractual*, 341.

77 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 867.

78 Manuel Risueño, “De las obligaciones precontractuales”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1 (2010): 493.

es un tipo negocial específico que crea obligaciones⁷⁹. Para ilustrar, en el caso Prophar S. A. c. Merck existieron acuerdos sobre elementos esenciales del negocio. Sin embargo, dado que no se perfeccionó el contrato, estos acuerdos no califican como obligaciones jurídicas⁸⁰.

En este sentido se pronunció la CNJ en el caso Prophar S. A. c. Merck⁸¹ y, además, esta postura ha sido confirmada por el legislador a partir de la regulación de un supuesto de responsabilidad precontractual en el Código de Comercio. La norma se refiere expresamente a acciones de responsabilidad extracontractual para reparar los daños generados por el retiro injustificado de las tratativas⁸².

6.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

Von Ihering instauró la tesis contractualista con el planteamiento de la *culpa in contrahendo*⁸³. La postura se fundamentó en el principio de tipicidad de acciones para extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato⁸⁴. Además, desde las hipótesis de invalidez, sostuvo que la declaratoria de nulidad de un contrato invalida las obligaciones contractuales, mas no todos sus efectos, como la obligación de reparar el daño cuando la obligación se ha tornado imposible⁸⁵.

En el sistema alemán, la postura mayoritaria aboga por el régimen contractual. No obstante, el régimen extracontractual alemán es *numerus clausus*, es decir, contempla supuestos taxativos para su aplicación. Por el contrario, la mayoría de regímenes extracontractuales latinoamericanos son *numerus apertus*, al optar por un sistema de cláusula general⁸⁶. Por esta razón estructural, la construcción del sistema civil alemán no es equiparable al sistema ecuatoriano que mantiene un régimen extracontractual residual⁸⁷.

Si bien en este supuesto existe un contrato, tampoco es aplicable el régimen contractual puesto que esta se deriva exclusivamente de un incumplimiento contractual⁸⁸. En este supuesto se compromete la validez del contrato, lo cual supone una hipótesis de ineficacia distinta al incumplimiento. Así, la ineficacia del contrato deriva de la declaratoria de nulidad, mas no de la resolución contractual necesaria para calificar a la responsabilidad como contractual.

79 Artículo 1454, CC.

80 Causa 215-2014.

81 Id., pág. 42.

82 Artículo 221, Código de Comercio.

83 Cabe notar que la *culpa in contrahendo* se refiere exclusivamente a los vicios de nulidad que se forman en las tratativas.

84 Mariano Alonso Pérez, "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1970): 891.

85 Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 89.

86 Fernando Pantaleón, "Responsabilidad precontractual: Propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos", *ADC* 64 (2011), 902. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3814601.pdf>.

87 Causa 142-2001.

88 Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

Cabe notar, además, que el efecto de la nulidad del contrato es retroactivo, por lo que genera una situación semejante a la inexistencia. Una vez declarada la nulidad, se extinguen las obligaciones y las partes deberán ser restituidas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del contrato⁸⁹. Por tanto, como mencionan Salgado Ramírez⁹⁰ y Corral Talciani⁹¹, ante la inexistencia de un contrato u obligaciones, es aplicable el régimen residual de la responsabilidad extracontractual.

Ciertas legislaciones, como la española, prevén una acción independiente para reclamar los daños producidos en la fase precontractual cuando la nulidad es imputable a una de las partes⁹². En el sistema civil nacional no existe una norma expresa en este sentido. Sin embargo, la doctrina afirma que ello no es necesario en virtud del carácter residual del régimen extracontractual⁹³.

Además, la independencia de ambas acciones está dada porque su objeto y fundamento son distintos. Por un lado, la acción de nulidad sanciona la inobservancia de los requisitos de validez contractual⁹⁴. Por otro, la acción indemnizatoria tiene lugar por la concurrencia de los requisitos que configuran un daño resarcible⁹⁵.

En el contexto del dolo, Baraona González agrega que, si bien la acción reparatoria ha sido prevista para el dolo incidental, ello no excluye su aplicación extensiva⁹⁶. Bajo ese razonamiento, si bien el Código Civil otorga acción de perjuicios en el dolo incidental⁹⁷, ello no obsta que, para los demás casos, esté prevista la acción de nulidad y la acción reparatoria.

Con el mismo fundamento, en el ámbito del error, Martinic y Reveco abogan por la aplicación analógica del artículo 1471 —referente al error de la persona— a otros tipos de error⁹⁸. Ospina Fernández fundamenta la extensión en razones de equidad⁹⁹. Coincidimos con esta postura dado que, la extensión se

89 Artículo 1583(9), CC.

90 Jorge Oviedo Albán, Seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana, “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, 29 de octubre de 2021, grabación disponible en <https://bit.ly/3DjadyT>.

91 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 41.

92 Artículo 35, Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.

93 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 645.

94 Artículo 1461, CC.

95 Alejandro Ponce Martínez, “Responsabilidad civil extracontractual: Responsabilidad civil por hechos ilícitos”, *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* 5 (2015): 82.

96 Jorge Baraona González, “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios”, *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheibing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, ed. Hugo Fábrega Vega (Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo, 2007), 66, en Pamela Prado López, “El dolo causal: Su repercusión en el contrato”, *Revista Ius et Praxis* 22 (2016): 430.

97 Artículo 1474, CC.

98 María Dora Martinic y Ricardo Reveco, “Acercas del error, su excusabilidad y otros tópicos”, *Revista Jurídica UCES* 13 (2009): 57. <https://dspace.uces.edu.ar/jspui/handle/123456789/703>.

99 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 208.

fundamenta en el artículo 2214 del Código Civil que prevé la reparación de todo daño.

6.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

En este supuesto cabe examinar la procedencia de una acción reparatoria, aun cuando el contrato esté intacto en términos de eficacia; o, incluso, haya sido cumplido. Como se anticipó, la aplicación del régimen contractual corresponde exclusivamente a incumplimientos contractuales¹⁰⁰. Bénabent destaca que, en este caso, aplica el régimen extracontractual porque la fuente de responsabilidad es anterior al contrato¹⁰¹. En consecuencia, se discute el ejercicio de una acción reparatoria en el ámbito extracontractual, sin perjuicio de la existencia de un contrato válido.

El Código Civil se refiere expresamente al dolo incidental como uno de estos supuestos. Así, prevé la posibilidad de ejercer “la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él”¹⁰². Sin embargo, cabe cuestionar la posibilidad de ejercer la acción reparatoria sin la acción de nulidad porque ello podría implicar que el contrato no es perjudicial y, por tanto, no ha generado un daño.

La jurisprudencia española aboga por la reparación del daño precontractual en sede extracontractual, sin afectar la validez del contrato¹⁰³. En la misma línea se encuentra el Código Civil francés a partir de su última reforma, con énfasis en la aplicación del régimen extracontractual¹⁰⁴. El fundamento está en el carácter independiente de la acción reparatoria y su compatibilidad con la acción de nulidad. El razonamiento es aplicable al sistema civil ecuatoriano que también otorga independencia a la acción reparatoria¹⁰⁵.

En un arbitraje nacional, se recalcó que “existen muchas circunstancias en las cuales, por hallarse terminado un contrato, o por ser imposible exigir su cumplimiento, puede demandarse la indemnización de perjuicios separadamente”¹⁰⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena¹⁰⁷. Por tanto, la acción reparatoria es independiente al contrato y sus efectos, por lo que es procedente la indemnización cuando se configuren los requisitos de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de la eficacia del contrato.

100 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

101 Alain Bénabent, *Droit des obligations* (París: Montchrestien Lextenso Éditions, 2010), 73, en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el período precontractual: Vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1386.

102 Artículo 1474, CC.

103 Causa 924/2000.

104 Artículo 1178.IV, Código Civil francés, reformado por Ordenanza 2016-131, 10 de febrero de 2016.

105 Artículo 1505, CC.

106 Laudo 003-03, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM, 3 de junio de 2004.

107 Causa 885-2013, CS de Chile, Sala Primera de lo Civil, 10 de septiembre de 2013.

Este razonamiento es aplicable a los casos análogos en los que existe un contrato válido pero desventajoso para una de las partes. La razón fundamental para aplicar el régimen extracontractual es que el hecho antijurídico es anterior al contrato¹⁰⁸. Así, no es procedente una acción de responsabilidad contractual si el contrato no ha sido afectado en el cumplimiento de sus obligaciones; o si, incluso, estas han sido plenamente cumplidas.

7. MEDIDA DE REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La discusión respecto al régimen aplicable a la responsabilidad precontractual impacta en la determinación del daño y su medida de reparación. Una vez adoptado el régimen extracontractual, el alcance de la indemnización será amplio, según el principio de reparación integral. Por el contrario, con el régimen contractual, el alcance de la reparación encontraría mayores limitaciones. Entre ellas a) la discusión sobre la procedencia de daños extrapatrimoniales, según el artículo 1572; y b) la responsabilidad únicamente por daños previsibles, a menos que se pruebe dolo, según el artículo 1574.

Respecto a la indemnización, Von Ihering sostiene que la medida reparatoria del daño es el interés negativo. Este busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si nunca hubiese escuchado sobre el contrato¹⁰⁹. Por su parte, el interés positivo busca colocar a la víctima en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido¹¹⁰.

En la responsabilidad precontractual, la tendencia para determinar el daño se centra en el interés negativo¹¹¹. Sin embargo, se plantean dos posturas distintas respecto a su alcance. La primera, bastante restrictiva, se limita al daño emergente que incluye exclusivamente los gastos efectuados por la parte afectada¹¹². La Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado en este sentido¹¹³. En la misma línea, el TSE tomó una postura restrictiva que excluye la pérdida de oportunidades y las ganancias frustradas¹¹⁴.

La segunda postura, además del daño emergente, incluye la pérdida de

108 Bénabent, *Droit des obligations*, 73.

109 Patricia López Díaz, "Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por cumplimiento contractual", *Revista Ius et Praxis* 24 (2018): 246. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100243>.

110 Vladimir Monsalve Caballero, "El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual: Un asunto pendiente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia", *Prolegómenos* 23, n.º 45 (junio 2020): 106, <https://doi.org/10.18359/prole.4208>.

111 Delgado Jerez, "Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual", 657-712.

112 Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 325.

113 Loewenwarter y Sánchez, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, 49.

114 Causa 4929, TSE, 25 de junio de 2014.

oportunidad. Esta fue la consideración de Von Ihering para la *culpa in contrahendo*¹¹⁵. Además, en el contexto regional, la CSJ colombiana se pronunció en este sentido y señaló que es posible reclamar los beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir por la ruptura injustificada de tratativas¹¹⁶.

Respecto al interés positivo, la postura mayoritaria establece que la reparación comprende todas las ventajas resultantes de un contrato válido, lo cual incluye el daño emergente y lucro cesante¹¹⁷. La jurisprudencia derivada del Código de Bello ha contemplado la reparación del interés positivo en la responsabilidad precontractual. De forma expresa, las jurisprudencias colombiana y chilena han ordenado reparaciones con base en el interés positivo¹¹⁸. De manera tácita, la jurisprudencia del caso *Prophar S. A. c. Merck* también reparó el interés positivo¹¹⁹.

En este punto, cabe distinguir la reparación de la pérdida de oportunidad y aquella del lucro cesante. En materia precontractual, la pérdida de oportunidad busca reparar el daño causado por la frustración de la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial¹²⁰. En materia contractual, el lucro cesante configura la ganancia frustrada o pérdida de ingresos¹²¹. La jurisprudencia francesa ha puntualizado que la pérdida de oportunidad no se identifica con el interés contractual, por lo que se circunscribe exclusivamente al interés negativo, mientras que el lucro cesante pertenece al interés positivo¹²².

El sistema civil ecuatoriano no recoge expresamente la pérdida de oportunidad y, en principio, estaría excluida por falta de certeza. Sin embargo, ante la ausencia de certeza absoluta, es posible aplicar la responsabilidad proporcional. Esta aproximación se presenta como respuesta a la incertidumbre causal que presenta la pérdida de oportunidad. Así, “rechaza la lógica binaria (es o no es) y, con ello, la aplicación del umbral de certidumbre”¹²³. Por tanto, considera que el daño pudo derivar del hecho antijurídico, sin descartar otros factores. La admisión de la responsabilidad proporcional en el sistema nacional está dada, al menos, por dos normas del Código Civil. Primero, permite una distribución proporcional cuando el hecho ha sido cometido por dos o más personas¹²⁴. Además, permite la distribución de responsabilidad entre el agente

115 Monsalve Caballero, “El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual”, 107.

116 Causa 4829.

117 Alonso, “La responsabilidad precontractual”, 905.

118 En Colombia: Causa 10103-2014, CSJ, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014. En Chile: Causa 123, CSJ, Sala de Casación, 27 de mayo de 2021.

119 Causa 215-2014.

120 Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, *Revista Jurídica del Perú* 39 (2002), 4.

121 Fernando Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil, tomo I* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2008), 330-2.

122 Causa 00-10-243.

123 Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Navarra: Aranzadi, 2018), 49, en Beatriz Gregoraci Fernández, “La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)”, *ADC* 74 (2020): 807-22.

124 Artículo 2217, CC.

dañoso y la víctima cuando esta se ha expuesto de forma imprudente al daño¹²⁵. Esto demuestra la admisión de la proporcionalidad, pues, caso contrario, el “legislador rechazaría toda responsabilidad o afirmaría la de un solo sujeto”¹²⁶.

Es posible determinar la compensación de la pérdida de oportunidad a partir de los conceptos de daño emergente y lucro cesante previstos en el Código Civil¹²⁷. Primero, la oportunidad *per se* debe ser conceptualizada como daño emergente, en cuanto esta ingresó al patrimonio del negociante afectado¹²⁸. Segundo, el daño debe ser cuantificado con base en la probabilidad de ganancia. Así, la cuantificación del daño se basa en parámetros de lucro cesante, pero utiliza un estándar de probabilidad¹²⁹.

En virtud de lo expuesto, el alcance de la reparación en materia precontractual contempla tres modelos: a) interés negativo que únicamente abarca daño emergente; b) interés negativo que comprende daño emergente y pérdida de oportunidad; y c) interés positivo que incluye daño emergente y lucro cesante. Para ilustrar esto se presenta un caso hipotético y, a continuación, gráficos que muestran la diferencia en el monto de la reparación en cada modelo.

La persona A inicia una negociación para adquirir un producto, cuyo precio de mercado es USD 100 000,00. Para concluir las negociaciones, afrontó un viaje por USD 600,00 y, además, renunció a adquirir el mismo producto a otro vendedor por USD 110 000,00. La persona A ha demostrado que el valor de reventa del producto es USD 120 000,00.

Modelo	Daño indemnizable	<i>Quantum</i> (USD \$)
A	Daño emergente	600.00
B	Daño emergente	600.00
	Pérdida de oportunidad	10,000.00
C	Daño emergente	600.00
	Lucro cesante	20,000.00

Gráfico 1. *Quantum* indemnizatorio según modelo de reparación en responsabilidad precontractual
 Elaboración propia a partir de textos varios.

125 Artículo 2230, CC.

126 Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 111.

127 Artículo 1572, CC.

128 Osterling y Rebaza, “Indemnizando la probabilidad”, 4.

129 *Ibid.*, 17.

El modelo A indemniza únicamente los gastos como daño emergente. El modelo B, además del daño emergente, indemniza la pérdida de oportunidad. Esto porque, al renunciar a la oferta del segundo vendedor, la persona A perdió la posibilidad de ganancia por la reventa. Por último, el modelo C indemniza daño emergente y lucro cesante. Este último por la ganancia frustrada que A estimaba por la ejecución del contrato con el primer vendedor.



Gráfico 2. Modelos de reparación en responsabilidad precontractual
Elaboración propia a partir de textos varios.

Con frecuencia, la doctrina y jurisprudencia han adaptado uno de los modelos como presupuesto general aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual. Resulta más adecuado, sin embargo, un enfoque que considere las características propias de cada hipótesis. A continuación se examinan las tres categorías de responsabilidad precontractual con el fin de establecer el modelo de reparación idóneo para cada uno. Se considera, además, la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

7.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

Para ilustrar este supuesto, se toma como referencia el caso Prophar S. A. c. Merck. La CNJ argumentó sobre la procedencia exclusiva del interés negativo; no obstante, el monto de reparación incluyó también el interés positivo¹³⁰. Muestra de ello es que dividió los montos por concepto de daño emergente y lucro cesante; y, como se anotó, este último pertenece exclusivamente al interés positivo¹³¹.

Por concepto de daño emergente, la CNJ incluyó los gastos en los que incurrió Prophar S. A., esto es, a) crédito para la compra industrial y b) elaboración de

¹³⁰ Causa 215-2014, pág. 84.

¹³¹ Monsalve, "El interés negativo como delimitante", 116.

informe por Dun & Bradstreet. Por concepto de lucro cesante incluyó: a) proyección de ventas de medicamentos en el período de negociaciones, b) valor de nuevos productos y c) valor de la última oferta presentada¹³².

Si bien la CNJ se refirió al interés negativo, aplicó el modelo C, correspondiente al interés positivo. Para reparar con base en el interés negativo, la Corte debió considerar únicamente el daño emergente, conforme el modelo A; o, considerar el daño emergente y la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar, conforme el modelo B. No obstante, la CNJ incluyó la totalidad de los valores de venta esperados, lo cual corresponde a las ganancias frustradas del contrato. Además, incluyó el valor de la última oferta, lo cual es una aproximación al valor del contrato y pertenece al interés positivo.

Para indemnizar lucro cesante, es necesario un análisis de certeza del daño. Esto implica que el daño debe ser real y no puede tener como base escenarios hipotéticos¹³³. Cabe notar que la certeza es una ficción jurídica, por lo cual el estándar consiste en una certeza relativa, con consideración razonable¹³⁴. Por tanto, al fijar el *quantum* como lucro cesante, la CNJ supuso como ciertos, al menos en la esfera jurídica, dos hechos: a) la celebración del contrato de compraventa y b) la venta de la totalidad de productos, conforme las proyecciones de mercado.

El razonamiento de la CNJ no considera factores que podrían influir en la conclusión de estos hechos. Un ejemplo de ello es la terminación justificada de las negociaciones. En un caso de compraventa inmobiliaria similar, después de años de negociaciones avanzadas, el propietario informó sobre la mejor propuesta de un tercero. Dado que la nueva oferta no fue aceptada, el propietario se retiró de las negociaciones; sin embargo, lo hizo de manera justificada, sin generar responsabilidad¹³⁵.

La misma consideración es aplicable a las proyecciones de venta. La CNJ cuantificó la venta de la totalidad de los productos, sin considerar las probabilidades de que no se cumpla este escenario. Así, la reparación incluyó las ganancias frustradas del contrato, lo cual corresponde al interés positivo por lucro cesante. Si bien todo cálculo de lucro cesante conlleva cierto grado de incertidumbre, la CNJ consideró las proyecciones de venta de un contrato que no fue celebrado, por lo que no existe relación de causalidad.

132 Causa 215-2014, pág. 84.

133 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 233.

134 Causa 5502, CSJ de Colombia, 4 de abril de 2001.

135 Causa C-2355-2011, Segundo Juzgado de Letras de Ángeles, 16 de mayo de 2014.

Además, la aplicación de lucro cesante en este supuesto resulta errónea por la configuración de esta figura en el Código Civil. La definición de lucro cesante está ubicada en el Título XII del Libro IV que se refiere al efecto de las obligaciones¹³⁶; por lo que, específicamente, el artículo hace referencia a incumplimientos obligacionales. Así, en cuanto no existen obligaciones ante la inexistencia del contrato, no procede una indemnización por lucro cesante.

En consecuencia, un análisis probabilístico resulta más adecuado. En específico, este supuesto requiere dos exámenes: a) la probabilidad de celebración del contrato y b) la probabilidad de ganancia u beneficios derivados del contrato. Este análisis corresponde al concepto de pérdida de oportunidad en el modelo B.

Una vez seleccionado el modelo, cabe delimitar la reparación con el fin de evitar que se indemnice el interés contractual por una vía oblicua. El límite está dado por el interés positivo, puesto que, ante la inexistencia de un contrato, la reparación deberá ser menos intensa que la contractual. Cabe recordar que el daño se deriva de la ruptura de la confianza en la conclusión del contrato, mas no en una proyección de sus beneficios. Lo contrario implicaría un enriquecimiento injustificado del negociante afectado, en cuanto recibe ventajas económicas que superan el daño causado.

Como un remedio no pecuniario, es interesante analizar la postura de los tribunales holandeses que, para negociaciones avanzadas, prevén la continuación de las negociaciones o, incluso, la conclusión forzada del contrato¹³⁷. Si bien este remedio es excepcional, no es aplicable al sistema civil nacional. La CSJ se ha referido de forma enfática al derecho a la libertad contractual¹³⁸ que, además, ha sido elevado a rango constitucional¹³⁹.

7.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

En este supuesto se examina la aplicabilidad de remedios pecuniarios y no pecuniarios para la reparación del daño. Primero, se aborda el alcance de la indemnización pecuniaria a partir de los modelos de interés expuestos. Segundo, se aborda la posibilidad de adaptar el contrato por vía judicial y su procedencia en el ordenamiento jurídico nacional.

En la indemnización pecuniaria no parece adecuado un examen probabilístico relativo a la celebración del contrato puesto que, incluso con los efectos retroactivos de la nulidad, existe certeza fáctica de la celebración del contrato. No es menos cierto, sin embargo, que la nulidad tiene un efecto extintivo

136 Artículo 1572, CC.

137 García y Otero, "La responsabilidad precontractual", 37.

138 Raúl Gustavo Wilchezt Chica c. Guillermo Meza Sánchez, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de julio de 2001, pág. 2.

139 Artículo 66(16), Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449 del 20 de octubre de 2008.

sobre el contrato que crea una situación similar a la inexistencia. Por tanto, cabe discutir la reparación del interés negativo, atendiendo a la vulneración a la confianza legítima, o el interés positivo, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato y la derivación de sus beneficios.

La elección de la medida de reparación adecuada en este supuesto, entonces, se encuentra entre los modelos A, B y C. La aplicación del primer modelo se basa en el daño emergente. El segundo modelo repara, además del daño emergente, la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar pero válido. Por último, el tercer modelo se basa en el daño emergente y lucro cesante del contrato que fue celebrado, pero posteriormente anulado.

La jurisprudencia española, en un caso calificado como dolo *in contrahendo*, reparó el daño según el modelo C que comprende el daño emergente y lucro cesante¹⁴⁰. Por otro lado, la doctrina francesa se ha inclinado por el modelo B que repara el interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad. En este sentido, la jurisprudencia francesa se refirió a la reparación del “perjuicio sufrido por razón de la conclusión del contrato anulado”¹⁴¹.

Asimismo, la tendencia de reparación en instrumentos de *soft law* se inclina por el modelo B. Los principios UNIDROIT limitan la indemnización hasta el interés negativo. Estos últimos marcan una línea sólida entre el interés negativo que corresponde a la acción de reparatoria en responsabilidad precontractual¹⁴² y el interés positivo, admitido exclusivamente en la acción reparatoria derivada del incumplimiento¹⁴³.

En consideración del efecto destructivo y retroactivo de la nulidad, no parece coherente una reparación con base en un contrato que, jurídicamente, se reputa no celebrado. Resulta excesivo, entonces, una indemnización basada en el interés positivo de un contrato que no existe. No obstante, es evidente la trasgresión a la confianza del contratante afectado, lo cual resulta en una situación similar a aquella de la ruptura injustificada de tratativas en la que tampoco existe un contrato. Con base en el mismo razonamiento, parece adecuada una reparación acorde al modelo B.

Cabe notar, sin embargo, que existen distinciones entre ambos supuestos. Ante contratos anulados, no resulta adecuado un análisis probabilístico de la celebración del contrato puesto que, fácticamente, este fue perfeccionado e incluso gozó de eficacia hasta la declaratoria de nulidad. Por tanto, el examen

140 Causa 2009/2907, TSE, 5 de mayo de 2009.

141 Sentencia Fiori, Corte de Casación francesa, 9 de julio de 2004 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual”, 1436.

142 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 3.2.16

143 Id., artículo 7.4.2.

de probabilidad debe recaer exclusivamente en la oportunidad de pérdida de celebrar un contrato semejante.

Como remedio no pecuniario de reparación, cabe analizar la adaptación del contrato ante la existencia de un vicio del consentimiento. Este remedio se encuentra previsto, por ejemplo, en los PDEC a propósito del error¹⁴⁴. La reparación consiste en cumplir el contrato en los términos que la parte afectada había entendido. Así, a pesar de que no existe una reparación pecuniaria en estricto sentido, se elimina el error del contrato a través de su adaptación.

Es preciso analizar, entonces, la procedencia de la adaptación del contrato en el sistema civil nacional. El punto de partida es el concurso de remedios aplicables ante asimetrías de información en la fase precontractual. Como señaló De la Maza Gazmuri, con especial referencia a los vicios del consentimiento, “no es posible pensar en un supuesto de vicio redhibitorio que a su vez no sea un error sustancial”. Agregó, además, que en varias circunstancias un mismo hecho podrá ser sancionado por error o dolo, en cuanto “el dolo es un error provocado”¹⁴⁵.

Bajo este razonamiento, la parte afectada cuenta con un derecho de opción que le permite elegir el remedio aplicable. Por un lado, cuenta con la acción de nulidad y, además, la acción resarcitoria que permite una indemnización pecuniaria; y, por otro lado, con la acción redhibitoria que permite reajustar el contenido del contrato¹⁴⁶. En este último caso, no es procedente la acción resarcitoria en cuanto el desequilibrio económico se reajusta a través de una especie de adaptación contractual.

7.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

En este supuesto es preciso explorar tres tipos de remedios. El primero consiste en una reparación pecuniaria que repare el daño que ha generado la desventaja. El segundo consiste en un remedio no pecuniario que restaure el equilibrio del contrato a través de su adaptación. Por último, el tercero constituye un remedio resolutorio por la integración de los deberes de conducta al contenido contractual. En todos los casos, resulta apropiado un análisis que mida el grado de desequilibrio contractual generado por el hecho antijurídico en la fase precontractual.

Respecto a la reparación pecuniaria, Monsalve Caballero ha señalado que el interés positivo procede únicamente con la estipulación de un contrato válido. En este supuesto, existe un contrato intacto en términos de eficacia. Cabe

¹⁴⁴ Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008), 105.

¹⁴⁵ Íñigo de la Maza Gazmuri, Seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, 29 de octubre de 2021, grabación disponible en <https://bit.ly/3DjadyT>.

¹⁴⁶ Artículo 1797, CC.

examinar, entonces, si un contrato válido pero desventajoso para una de las partes amerita una reparación del interés contractual conforme el modelo C. En un caso sobre el dolo incidental, la jurisprudencia francesa señaló que el vicio impacta en forma directa al valor. Así, la Corte de Casación observó que bastaba rectificar el precio a través de una indemnización de perjuicios¹⁴⁷. Así, esta reparación obedeció al modelo A que indemniza el daño emergente y se enmarca en el interés negativo.

En otro caso de dolo, en el que se reclamó una indemnización sin solicitar la nulidad del contrato, la jurisprudencia francesa admitió exclusivamente la reparación de la pérdida de oportunidad de pactar condiciones más ventajosas. Así, excluyó la posibilidad de celebrar un contrato más ventajoso con un tercero, puesto que no se impugnó el contrato, sino su contenido. Por tanto, suprimió las consecuencias dañosas del dolo a través de un reajuste en el precio¹⁴⁸. Esta reparación obedece al modelo B que incluye, además de daño emergente, la pérdida de oportunidad.

En el supuesto de que la parte afectada no impugne la totalidad del contrato, sino solo uno de sus elementos, el *quantum* de la reparación por daño emergente debe obedecer al valor que generó el desequilibrio económico. Además, como pérdida de oportunidad, es adecuado indemnizar la imposibilidad de celebrar un contrato más ventajoso. En consecuencia, el modelo B resulta apropiado para una reparación pecuniaria en la que no se objeta el contrato. Por otro lado, se ha señalado que generalmente la parte afectada demanda la reducción del precio y no una indemnización¹⁴⁹. En este sentido, la doctrina española, por ejemplo, aboga por una reconstrucción judicial del contrato a partir de las expectativas legítimas de la parte afectada¹⁵⁰. En línea con el principio de conservación del contrato, es oportuno considerar un remedio que elimine la desventaja del contrato a través de un ajuste judicial. El sistema civil nacional no contempla esta opción de manera expresa, por lo que se analiza la procedencia de la adaptación del contrato en este supuesto.

Como punto de partida, cabe señalar que la adaptación del contrato ha sido admitida para casos especiales en el Código Civil. Entre ellos destacan la reducción de la cláusula penal enorme¹⁵¹, el ajuste de la servidumbre que se ha vuelto más onerosa¹⁵², la revisión del precio en un contrato de construcción ante circunstancias desconocidas que generen costos no previsibles¹⁵³ y la rebaja del precio por vicios redhibitorios¹⁵⁴.

147 Fenoy, "El dolo en el periodo precontractual", 1375.

148 Ibid., 1386.

149 Ibid.

150 Basozabal, "En torno a las obligaciones precontractuales", 679.

151 Artículo 1560, CC.

152 Artículo 869, CC.

153 Artículo 1937(2), CC.

154 Artículo 1797, CC.

Además, se ha discutido la aplicación de la teoría de revisión por la cláusula *rebus sic stantibus*. En la normativa administrativa se ha reconocido un sistema de reajuste de precios por cambio de circunstancias¹⁵⁵. En el sistema civil no existe reconocimiento expreso en este sentido, pero se aboga por su aplicación por razones de equidad y buena fe¹⁵⁶. Si bien la aplicación de la cláusula *rebus* se basa en elementos de imprevisibilidad y excesiva onerosidad, el fundamento para adaptar el contrato es el mismo: el desequilibrio contractual.

El principio de equilibrio contractual está plenamente reconocido en el Código Civil. A manera de cláusula general, contempla la equivalencia de prestaciones en los contratos conmutativos¹⁵⁷. De manera específica, el Código ampara este principio en los vicios ocultos¹⁵⁸, la lesión enorme¹⁵⁹, la cláusula penal enorme¹⁶⁰ y el mutuo con intereses excesivos¹⁶¹. El ajuste del valor económico en estos casos se basa en excesos o desventajas patrimoniales, con el fin de impedir un enriquecimiento injustificado.

La adaptación del contrato busca el mismo efecto de reestablecer el equilibrio, pero desde otra vía. En el sistema nacional, la adaptación del contrato en este supuesto tiene cabida, con similar fundamento al construido a partir de la cláusula *rebus*. Para su aplicación no es necesaria una norma expresa en cuanto el equilibrio contractual está plenamente contemplado por el Código Civil. Este razonamiento ha sido aplicado a propósito de la teoría de la imprevisión por la CJS¹⁶²; y en otros casos que no implican excesiva onerosidad o imprevisibilidad, como sucede en este supuesto¹⁶³.

Desde otra perspectiva, el Marco Común Europeo de Referencia (DCFR) aborda esta cuestión a partir del principio de integración contractual. En particular, se refiere a la integración de las expectativas legítimas del negociante afectado por la omisión del deber de información¹⁶⁴. Este remedio tiene antecedentes, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos finlandés y sueco¹⁶⁵.

El principio de integración está previsto para el ámbito contractual en el Código Civil¹⁶⁶. Como ha señalado el TSE, este “amplía el contenido obli-

155 Artículo 82, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R. O. Suplemento 395 del 4 de agosto de 2008.

156 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 841.

157 Artículo 1457, CC.

158 Artículo 1797, CC.

159 Artículo 1830, CC.

160 Artículo 1560, CC.

161 Artículo 2109, CC.

162 Amazonas Cía. Anónima de Seguros c. Sociedad General C.A., CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 1981.

163 En el primero se alegaba que la cosa arrendada, por una causa superviniente, estaba impedida de ser usada para el fin destinado. Ver Causa C4786-2020, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 5 de mayo de 1998. En el segundo se menciona la cláusula *rebus* como fundamento para la revocatoria de donación por ingratitud. Ver María Francisca Namcela Japón y Manuel Agustín Medina Suquilanda c. Juan Carlos Medina Namcela, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 23 de octubre de 2001.

164 Jerez, *Principios, definiciones y reglas*, 109.

165 García y Otero, “La responsabilidad precontractual”, 53.

166 Artículo 1562, CC.

gacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley¹⁶⁷. Por tanto, ciertos deberes de conducta serán integrados al contenido contractual por emanar de la naturaleza de la obligación, la costumbre o la ley.

Para ilustrar esto se aborda la integración de deberes precontractuales impuestos por la ley. Desde el derecho de consumo, por ejemplo, la Constitución¹⁶⁸ y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹⁶⁹ establecen el derecho a una información precisa y no engañosa sobre las características de productos y servicios. Así, en los contratos de consumo, la falta al deber de información constituye incumplimiento contractual en virtud del principio de integración. En consecuencia, en los casos de proyección del deber de información al contenido contractual, la parte afectada dispone de acción resolutoria. Además, cuenta con una acción reparatoria que comprende el interés positivo del contrato¹⁷⁰. Por tanto, en los casos en que los deberes contractuales ingresen al contenido contractual por el principio de integración, la indemnización pecuniaria con fundamento en la resolución contractual se basa en el modelo C.

8. CONCLUSIONES

Una vez examinado el tratamiento de la responsabilidad precontractual en el sistema civil nacional, existen tres hallazgos principales. Primero, el régimen aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual es el extracontractual, en virtud de su carácter residual. Esto implica que el daño indemnizable en materia precontractual es amplio, de acuerdo con el principio de reparación integral.

Segundo, si bien el principio de reparación integral gobierna la indemnización extracontractual, ello no obsta de las limitaciones que debe observar el *quantum* de reparación. La reparación pecuniaria idónea para los supuestos analizados corresponde al modelo B que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. Una indemnización basada en el interés positivo, es decir, el modelo C, será procedente exclusivamente cuando los deberes precontractuales sean introducidos al contenido del contrato por el principio de integración, y, por tanto, su trasgresión configure un incumplimiento contractual.

Tercero, para los supuestos de contratos inválidos y contratos válidos pero desventajosos, es procedente una reparación no pecuniaria. En el primer caso es posible un reajuste del contrato a partir de la acción prevista para los vicios

167 Causa 1193/2004, TSE, 20 de diciembre de 2004.

168 Artículo 52, Constitución de la República del Ecuador.

169 Artículo 4(4), Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R. O. Suplemento 116 del 10 de julio de 2000.

170 Artículo 1505, CC.

redhibitorios. En el segundo caso, se propone la adaptación del contrato por vía judicial para restaurar el equilibrio contractual. Si bien esta posibilidad no está recogida expresamente por el Código Civil, un análisis sistemático de la norma demuestra su procedencia.

Las limitaciones que presenta esta propuesta son normativas, puesto que el Código Civil no contempla un régimen para la responsabilidad precontractual. Esto implica que el presente análisis se realizó, en su mayoría, a partir de doctrina y jurisprudencia comparada, con excepción del caso *Prophar S. A. c. Merck*.

De manera particular, se recomienda un análisis respecto al concurso de remedios previstos para asimetrías informativas en la fase precontractual. Estos son acción de nulidad por error o dolo, acción redhibitoria por vicios ocultos y acción resolutoria por incumplimiento, si el deber se ha integrado al contenido del contrato. Cabe examinar, entonces, si estos remedios son compatibles o la parte afectada debe optar por uno de ellos; y, de ser así, analizar su libertad de elección. La eliminación de remedios especiales o una regla que permita administrar los concursos son posibles soluciones.