

LOS PACTOS DE INDEMNIDAD Y LAS IMPLICACIONES DE LA PROHIBICIÓN DE CONDONAR EL DOLO FUTURO EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

INDEMNITY CLAUSES AND THE IMPLICATIONS OF THE PROHIBITION TO CONDONE FUTURE MALICE IN ECUADORIAN CIVIL LAW

Ortiz-Arias, Kevin Damián*

RESUMEN

Las cláusulas de indemnidad son acuerdos que se insertan con amplia frecuencia en los contratos celebrados entre partes sofisticadas. Se han importado en sistemas civiles porque son herramientas efectivas para la asignación de riesgos y la mitigación de contingencias futuras. Una de sus categorías es el pacto por el cual el beneficiario queda indemne de los daños que provoque a terceros, incluso si ha actuado con dolo o culpa grave. No obstante, el art. 1481 del *Código Civil* ecuatoriano prohíbe la condonación del dolo futuro. Sobre la base de ello, se ha cuestionado la validez de este tipo de cláusulas por supuestamente incurrir en dicha proscripción. El presente trabajo examina si en efecto la estipulación supone una condonación de dolo futuro o, por el contrario, si ambas figuras tienen elementos que las diferencian entre sí. De esta forma, se propondrá la posibilidad de aceptar la validez de la cláusula.

185

* Abogado *summa cum laude* por la Universidad San Francisco de Quito. Asociado de las prácticas de resolución de conflictos, competencia y corporativo (M&A) de Lexvalor Abogados. Dirección postal: Av. 12 de octubre 170525 & Av. Coruña. Quito, Ecuador. Correo electrónico: kortiz@lexvalor.com ORCID: 0000-0002-3865-5550.

Este trabajo fue presentado como parte del proceso para la obtención del título de abogado y contó con la amable dirección de Oswaldo Santos Dávalos, a quien expreso mi más sincero agradecimiento por la valiosa guía brindada en su redacción y por su constante apoyo a lo largo de mi formación profesional.

Mi agradecimiento, también, a Edgar, Rocío, David, Samantha y Gabriela, por su apoyo incondicional, cuyo alcance trascendió los límites de este trabajo.

Las traducciones de fuentes jurisprudenciales y doctrinales desde un idioma distinto al español han sido realizadas por el autor, a menos que se indique el origen de la traducción.

Recepción: 2024-06-15; aceptación: 2024-11-01.

PALABRAS CLAVE: cláusulas de indemnidad; condonación de dolo futuro; autonomía de la voluntad; orden público

ABSTRACT

Indemnity clauses are agreements that are frequently inserted in contracts between sophisticated parties. They have been imported into civil systems because they are effective tools for risk allocation and future contingency mitigation. One of their categories is the covenant by which the beneficiary remains indemnified from damages caused to third parties, even if they have acted with fraud or gross negligence. However, Article 1481 of the Ecuadorian *Civil Code* prohibits the remission of future fraud. Based on this, the validity of this type of clause has been questioned for supposedly falling under such prohibition. This paper examines whether indeed the stipulation entails forgiveness of future fraud or, on the contrary, if both figures have elements that differentiate them from each other. In this way, the possibility of accepting the validity of the clause will be proposed.

KEYWORDS: indemnity clauses; forgiveness of future fraud; autonomy of the will; public order

186

INTRODUCCIÓN

La expansión del universo negocial y la consiguiente sofisticación de los contratos han exigido que el derecho también se adapte a tales circunstancias. Las partes propenden a que sus relaciones revistan seguridad jurídica y se configuren de forma tal que la posibilidad de verse perjudicadas por contingencias futuras sea mínima¹. Para ello, más de una vez ha ocurrido que, en los sistemas civiles, se incorporan figuras y cláusulas propias de un contexto anglosajón, en aras de satisfacer aquellas necesidades².

Es lo que en efecto ocurre con las así llamadas cláusulas de indemnidad que son el objeto de análisis del presente trabajo.

Las partes las emplean en contratos complejos para dejar sentado, con anterioridad, que el beneficiario del pacto podrá exigir al otorgante una protección frente a cualquier daño causado a un tercero que haya reclamado la indemnización a la parte indemne³.

¹ CORRAL (2019), p. 204.

² BARROS y ROJAS (2009), pp. 513-524. Verbigracia, en contratos de compraventa de acciones ha sido común adaptar las así llamadas cláusulas de representaciones y garantías a fin de que las partes puedan distribuir los riesgos del contrato y se reduzcan las asimetrías informacionales que pudieren existir. Lo mismo ocurre con las cláusulas de debida diligencia.

³ MUÑOZ y PIZARRO (2021), p. 143.

El tema propuesto posee una importancia superlativa en el contexto de los sistemas de derecho continental, en general y en el derecho civil ecuatoriano, en particular. Se trata de cláusulas cada vez más utilizadas en el ámbito contractual. Pese a ello, muy escasos han sido los estudios destinados a examinar sus efectos jurídicos y sus límites en sistemas civilistas que no son exactamente compatibles con la esfera de *common law*, de donde son importadas estas estipulaciones⁴.

En este trabajo, el empleo de doctrina comparada, así como de jurisprudencia extranjera, responde a dos motivos fundamentales. En primer lugar, en Ecuador no se ha encontrado literatura jurídica que aborde la naturaleza de las cláusulas de indemnidad, a diferencia de países como Colombia y Chile, donde este tipo de estipulaciones ha sido objeto de análisis doctrinal con contribuciones significativas. En segundo lugar, tampoco se han hallado fallos judiciales en Ecuador, que se refieran a estas cláusulas, y mucho menos que hayan analizado su validez en pactos que mantengan indemne al acreedor por dolo.

Si bien se investigó en laudos arbitrales públicos, no se registró ningún caso que contemple este tema de manera relevante, sin perjuicio de que pudiera haberse discutido en arbitrajes confidenciales. El recurso a fuentes extranjeras, por tanto, resulta necesario para enriquecer el análisis, dejando abierta la posibilidad de que estas cuestiones se examinen en futuras decisiones judiciales o arbitrales en el ámbito ecuatoriano.

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

Se anticipa que existen motivos para diferenciar entre condonación e indemnidad y, en consecuencia, considerar que no son figuras equiparables. No se desconoce que la condonación del dolo futuro debe tener como consecuencia la nulidad absoluta del pacto. Sin embargo, hay argumentos para sostener que la estipulación de indemnidades que benefician al dolo del acreedor no implica una condonación. Bajo esta premisa, podrían ser válidas.

A efectos de demostrar lo anterior, primero se revisará la naturaleza y origen de estas estipulaciones. Se ahondará en la cuestión de que, por ser productos de la autonomía de la voluntad, pueden configurarse de distintas maneras y tener diferentes alcances. Luego, el estudio será direccionado hacia aquellas cláusulas que se pactan frente a reclamos de terceros y que protegen el dolo o culpa grave del acreedor. Segundo, se analizarán las implicaciones de la prohibición de condonar el dolo futuro en el derecho ecuatoriano. Tercero, se examinarán los argumentos sobre la interpretación, nulidad y validez de las cláusulas

⁴ SCHOPF (2020), p. 685.

objeto de estudio. Cuarto, se evaluará si las indemnidades incurren o no en la prohibición de condonación.

I. APROXIMACIÓN INICIAL A LOS PACTOS DE INDEMNIDAD

En este apartado se ofrecerá:

1. Una visión general de las cláusulas de indemnidad.
2. Luego, se realizará un breve repaso histórico desde su origen anglosajón, hasta su importación en los sistemas continentales.
3. En una sección ulterior, se aterrizará en una de sus categorías, que es la que inspira la presente investigación.

1. La naturaleza de la estipulación de indemnidad

Los pactos o cláusulas de indemnidad, conocidas en inglés como *indemnity clauses*, son estipulaciones contractuales que se utilizan con frecuencia en el tráfico jurídico actual. Sergio Rojas menciona: “hoy en día la indemnidad suele ser una cláusula de estilo en toda suerte de negocios jurídicos de derecho civil y de derecho mercantil”⁵. Fundamenta su aseveración en el estudio de varios laudos dictados por diferentes tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá que, con ocasión de negocios jurídicos contentivos de estas estipulaciones, tuvieron la oportunidad de analizarlas.

Adrián Schopf sostiene:

“han pasado a ser verdaderas cláusulas de estilo, cuya incorporación en diferentes textos contractuales es sumamente usual y se encuentra generalizada en la práctica contractual, especialmente en la contratación entre partes sofisticadas”⁶.

Hernán Corral Talciani menciona que son estipulaciones de uso frecuente que “se han ido incorporando por la práctica en los contratos celebrados en Latinoamérica”⁷.

En general, se dice que las *indemnity clauses* son:

“convenciones por las que una parte de un contrato asume la responsabilidad por los daños que sufra otra, incluso en situaciones en las que dichos perjuicios deberían ser soportados por el que los sufre”⁸.

⁵ ROJAS (2021), p. 1.

⁶ SCHOPF (2020), p. 685.

⁷ CORRAL (2019), p. 203.

⁸ *Op. cit.*, p. 204.

Visto así, estos pactos se encasillan en la categoría de actos jurídicos⁹. Consisten en manifestaciones de voluntad que buscan generar efectos en derecho¹⁰.

Como tales, las indemnidades pueden adoptar, al menos, dos formas. Por un lado, lo usual es que sean cláusulas insertas en un contrato principal¹¹. Por otro lado, es perfectamente posible que las partes decidan suscribir un contrato de indemnidad autónomo en aras de conseguir los mismos efectos¹².

La diferencia entre ambas modalidades no es meramente formal. En la práctica, una cláusula de indemnidad dentro de un contrato principal suele tener una finalidad accesoria o dependiente, vinculada a la operación principal del acuerdo (por ejemplo, un contrato de compraventa o de prestación de servicios). En cambio, cuando se suscribe un contrato de indemnidad autónomo, se persigue un propósito específico e independiente, a menudo relacionado con operaciones de alto riesgo o complejidad. Este enfoque permite a las partes gestionar de forma detallada los riesgos derivados de eventos futuros, creando un marco jurídico autónomo para la protección de intereses específicos.

En cualquier hipótesis, la conclusión es que se está ante la presencia de un negocio jurídico¹³. Como tal, para tener plena eficacia en el sistema civil, debe reunir todos los requisitos de existencia, validez y oponibilidad de cualquier acto. A falta de alguno de ellos, se desencadenarían las consecuencias propias de cada figura¹⁴.

La finalidad concreta que se busca con estas estipulaciones es “dar origen a una obligación de indemnizar en cabeza de un sujeto, cuando ocurran los eventos condicionales previstos”¹⁵. Así, estos pactos son una materialización de los principios de autonomía de la voluntad y de la libre configuración interna de los contratos. En efecto, en aras de cautelar sus particulares intereses, los contratantes pueden acordar que uno de ellos mantendrá indemne o libre de daño al otro en caso de verificarse algún hecho que ambos han previsto en la propia estipulación.

⁹ Véase también *Rossmoor Sanitation, Inc. con Pylon Inc.* (1975), párrafo 13, donde se las categorizó como: “una obligación que recae sobre una parte para reparar una pérdida o daño en que otra parte ha incurrido”.

¹⁰ OSPINA y OSPINA (2005), p. 72.

¹¹ PISANO (1988), p. 172.

¹² O’NEIL (1996), pp. 360-362.

¹³ ROJAS (2021), p. 11. Según el autor, existe una interesante reflexión que, si bien excede el propósito de este trabajo, vale la pena mencionar para efectos de un estudio futuro. Se ha meditado si, por ser los pactos de indemnidad negocios jurídicos, también les aplicarían los mecanismos de revisión de cualquier contrato como la así llamada teoría de la imprevisión. Verbigracia, una hipótesis a considerar sería que la consecuencia dañosa por la cual se debe una indemnidad, por su magnitud o monto, exceda con creces parámetros de razonabilidad y previsión, generando una carga excesivamente onerosa para el deudor. Lo mencionado tan solo constituye un caso ilustrativo en el que resulta, por lo menos, discutible si el otorgante podría o no invocar la teoría de la imprevisión para revisar el pacto de indemnidad.

¹⁴ HINESTROSA (2015), p. 204.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 3.

Para comprender la lógica operativa de las cláusulas de indemnidad, resulta ilustrativo examinar su aplicación en escenarios contractuales complejos, como las compraventas de acciones en el contexto de fusiones y adquisiciones. En este tipo de transacciones es común que los compradores busquen protección ante posibles contingencias relacionadas con pasivos no detectados durante la fase de *due diligence*. Una cláusula de indemnidad permite que, si surgen pasivos financieros o deudas tributarias no reveladas, tras la adquisición, el vendedor asuma la responsabilidad de resarcir dichos daños¹⁶.

Este tipo de disposición asegura que el comprador no cargue con costos inesperados, preservando así el equilibrio de la transacción y el valor pactado. La indemnidad, en este caso, sirve como una herramienta de distribución de riesgos, asegurando que el comprador pueda realizar la adquisición con la tranquilidad de que, si alguna contingencia previamente desconocida se materializa, será el vendedor quien responderá por los perjuicios derivados de ella.

Un ejemplo adicional puede encontrarse en los contratos de construcción. Supóngase que una empresa constructora asume un proyecto importante y, a pesar de que todas las normativas se cumplan con rigor, surge la posibilidad de que futuros defectos en la edificación den lugar a reclamaciones de terceros. Mediante una cláusula de indemnidad, el promotor del proyecto podría asumir los costos de dichas reclamaciones, dejando indemne a la constructora frente a responsabilidades que, de otra forma, recayeran sobre ella.

En ambos casos, la lógica de operación de las cláusulas de indemnidad es clara: reducir la incertidumbre y asegurar una distribución equitativa de los riesgos. Estas cláusulas permiten que las partes gestionen con antelación eventuales contingencias que podrían surgir durante o después de la ejecución de un contrato, estableciendo quién será responsable de asumir los costos y las consecuencias de dichos eventos. Esta previsión ofrece mayor seguridad a las partes y contribuye a evitar disputas futuras, garantizando una mayor estabilidad en las relaciones contractuales.

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

2. Origen de las cláusulas de indemnidad

La figura en cuestión nace en el sistema *common law* de Inglaterra¹⁷. En sus inicios, el régimen que les aplicaba era distinto según si su cumplimiento se solicitaba frente a una corte de *equity* o una corte de *law*. El primer caso, funcionaba para aquellos daños que todavía no se materializaban, pero se esperaba que ocurrieran. En consecuencia, el beneficiario de la indemnidad activaba la figura

¹⁶ ARTAGAVEYTIA (2023), p. 232.

¹⁷ COURTNEY (2015), pp. 10-15.

para blindarse de futuros perjuicios. El segundo caso operaba para pérdidas ya ocurridas, por lo que la pretensión principal del beneficiario era la indemnización de daños por incumplimiento del contrato¹⁸.

Lo anterior no es un asunto baladí. En este contexto histórico yace uno de los componentes principales de las cláusulas de indemnidad, a saber, que, en principio, no son pactos indemnizatorios. Tal como su nombre lo dice, son obligaciones que buscan evitar que el beneficiario sufra un menoscabo en su patrimonio. En ese sentido, la indemnidad cumple una función esencialmente preventiva antes que resarcitoria¹⁹. Por este motivo, cuando ambas jurisdicciones anglosajonas se fusionaron a fines del siglo XIX, el remedio de *equity* prevaleció por sobre el de *law*²⁰.

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

Es común:

“en las negociaciones económicas que las partes quieran lograr la mayor seguridad jurídica al contratar, y precaver que no sean perjudicadas en el futuro por hechos que podrían sobrevenir”²¹.

191

Naturalmente son las propias partes las más capacitadas para conocer los riesgos a los que pueden estar expuestas y actuar en consecuencia.

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

3. Indemnidades ante reclamos de terceros por la culpa grave o dolo del beneficiario

En este apartado se demostrará que las cláusulas de indemnidad pueden configurarse de diversas maneras y tener distintos alcances. A continuación, se explicará aquella categoría de indemnidad que beneficia al acreedor, ante reclamos de terceros, aun cuando ha actuado con dolo o culpa grave. Esta especie resulta de particular relevancia, pues constituye el objetivo de la presente investi-

¹⁸ COURTNEY (2015), pp. 10-15.

¹⁹ FAVIER y FAVIER (2018), p. 6.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CORRAL (2019), p. 204.

gación. Una vez revisada, la última sección se dedicará a evaluar si a esta forma de indemnidad le alcanza la prohibición de condonar el dolo futuro prescrita en el sistema civil ecuatoriano.

Existe un amplio espectro de posibilidades para que las partes puedan distribuir sus riesgos mediante el empleo de cláusulas de indemnidad. Aun así, tales estipulaciones siempre tendrán al menos tres elementos estructurales para su correcta operatividad, a saber:

- i) la parte deudora que se obliga a la indemnidad;
- ii) el beneficiario o acreedor de dicha obligación y
- iii) el hecho futuro e incierto que desencadena los efectos del pacto²².

De todos modos, los factores desencadenantes pueden ser muy variados. Este artículo trabajará sobre uno en particular. Se analizará la indemnidad que protege al beneficiario de las pérdidas por reclamaciones de terceros. De forma ejemplificativa, los terceros podrían ser particulares que interponen acciones de responsabilidad civil, la administración tributaria al imponer sanciones, los trabajadores de una compañía debido a contingencias laborales, entre otros²³.

Este tipo de cláusulas de indemnidad reviste particular importancia por diversos motivos. En el propio *common law* se reconoce que esas estipulaciones son la indemnidad por antonomasia. Así, se ha delimitado aún más su definición general para concluir que se trata de acuerdos por los cuales:

192

“se conviene cubrir cualquier responsabilidad, pérdida o daño sufrido por la otra parte, derivado de actos o condiciones contempladas en el contrato o daños resultantes de una reclamación o demanda de una tercera persona”²⁴.

En el mismo sentido, son esta clase de pactos los que han cruzado fronteras para afincarse con fuerza en el *civil law* y, en igual medida, los que mayores dificultades de aplicación plantean en sistemas continentales como el Ecuador.

Por todo ello, es plausible restringir el estudio de las indemnidades a este supuesto concreto y sostener que, en sistemas civiles:

“las cláusulas de indemnidad se limitan en realidad a la transferencia y asignación entre los contratantes del riesgo de resultar civilmente responsable frente a terceras personas ajenas a la convención”²⁵.

Existe doctrina latinoamericana que ya ha adoptado esta tesis y las ha definido como convenios:

²² ROJAS (2021), p. 11.

²³ COURTNEY (2015), p. 20.

²⁴ PARKEY & SLAVICH (2016), p. 1351.

²⁵ SCHOPF (2020), p. 21.

“por los cuales una de las partes, el ‘otorgante’, asume ante la otra parte, el ‘beneficiario’, el deber de ‘mantenerlo indemne’ frente a reclamos de terceros que tengan vinculación con la causa que motiva el contrato”²⁶.

En definitiva, siendo este tipo de cláusula la más relevante para esta investigación, se adoptará una definición de indemnidad en sentido estricto.

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

Primero, la estipulación de que el obligado asume la responsabilidad por todo daño, incluso en aquellos casos en que el infortunio haya sido provocado de forma dolosa por el beneficiario de la indemnidad. Al respecto, en el caso citado la Corte sostuvo que, desde la perspectiva del otorgante, un acuerdo de indemnidad de este tipo es el menos favorable. En ese caso “el otorgante mantendrá indemne al beneficiario por su propia negligencia, tanto si es el único negligente como si lo es conjuntamente con el otorgante”²⁷. Esta es la hipótesis que se abordará en este trabajo para analizar su similitud o disparidad con la prohibición de condonar el dolo futuro. Sin perjuicio de ello, es importante hacer referencia a los otros tipos de indemnidad que se han reconocido.

Segundo, la cláusula básica en virtud de la cual el obligado acuerda mantener indemne al beneficiario por cualquier reclamo que surja de la negligencia o las omisiones del propio obligado. La Corte mencionó:

“los tribunales suelen referirse a estos acuerdos como indemnidad general. En virtud de un acuerdo de Tipo II, el otorgante debe mantener indemne al beneficiario por la responsabilidad derivada de la negligencia del otorgante”²⁸.

A efectos de este trabajo, se sostiene que esto no es propiamente una indemnidad porque no hace más que reafirmar el régimen general de responsabilidad civil²⁹. En otras palabras, constituiría una consagración de la regla básica de que el deudor responde por su propia negligencia o dolo.

Tercero, aquella por la que se crea una obligación de mantener indemne al acreedor, pero se exceptúan expresamente aquellos casos en que los daños a terceros pueden ser atribuidos de forma exclusiva al beneficiario³⁰. Este punto tampoco genera mayor discusión porque solo ratifica que quien causa un daño está obligado a resarcirlo³¹.

²⁶ FAVIER y FAVIER (2018), p. 6.

²⁷ *MacDonald & Karuse, Inc. con San Jose Steel* (1972), párr. 29.

²⁸ *MacDonald & Karuse, Inc. con San Jose Steel* (1972), párr. 30.

²⁹ VODANOVIC (2001), p. 23.

³⁰ *MacDonald & Karuse, Inc. con San Jose Steel* (1972), párr. 31.

³¹ MEZA (1995), p. 7.

Así, en este apartado se analizaron los elementos estructurales de todas las cláusulas de indemnidad y se demostró que su configuración puede ser de índole muy diversa. Por ello, se ofreció una definición más estricta de esta clase de estipulaciones. Esto permitió concluir con aquella clasificación que merece mayor análisis: la indemnidad que protege al acreedor por cualquier reclamo de un tercero, incluso si el beneficiario ha intervenido dolosamente en la producción del daño³².

II. PROHIBICIÓN DE CONDONAR EL DOLO FUTURO

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

Uno de los requisitos de validez de los negocios jurídicos es la licitud de su objeto³³. El *Código Civil* contiene varias hipótesis de invalidez de estipulaciones por objeto ilícito³⁴. Uno de estos casos es el que ocupa al presente estudio, a saber: la condonación del dolo futuro³⁵. La misma norma define al dolo como “la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”³⁶.

Sobre la base de este criterio se puede llegar al núcleo de la proscripción. Resulta diáfano que hay una incomodidad latente dentro del ordenamiento jurídico en que un sujeto sea exonerado de forma anticipada por los daños cometidos bajo la premisa de haber deseado activamente que estos se produzcan³⁷.

La doctrina confirma esta noción. Si los contratantes pueden perdonar, por anticipado, actos dolosos, aquello implicaría:

“autorizar y fomentar la inmoralidad, suprimiéndose la norma fundamental de que los contratos deben cumplirse de buena fe. Además, la condonación del dolo futuro podría pasar a ser una cláusula usual en los contratos”³⁸.

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

³² Esta es la así llamada “Indemnidad de tipo I”.

³³ Art. 1461 del *Código Civil* del Ecuador.

³⁴ PARRAGUEZ (2021), p. 527.

³⁵ Art. 1481 del *Código Civil* del Ecuador.

³⁶ Art. 29 del *Código Civil* del Ecuador.

³⁷ ELORRIAGA (2009), p. 140. El autor opina que su fundamento radica en que “al legislador no le parece posible que puedan autorizarse de antemano actuaciones fraudulentas, dolosas o efectuadas de mala fe, pues ello repugna a la noción ética envuelta en el ordenamiento jurídico”.

³⁸ LEÓN (1983), p. 58.

“Si se permitiera la condonación anticipada del dolo en los convenios, la mayoría de éstos contendrían [sic] tal cláusula, lo que daría carta blanca a la otra parte para ejecutar todos los actos dolosos que quisiera, pues la acción que el perjudicado tendría para reclamar de ese dolo, habría desaparecido”³⁹.

En línea con lo anterior, la jurisprudencia ecuatoriana ha sostenido:

“[...] siendo el dolo un proceder ilícito, los pactos que, aun siendo fruto del acuerdo de voluntades de ambos contratantes tiendan a garantizar la irresponsabilidad por dolo futuro, implican legitimar por anticipados procederes ilegítimos y permitir que el deudor no contraiga ningún deber legalmente exigible aunque proceda con la intención positiva de causar daño al otro contratante, lo cual repugna a la recta razón, por ello es que esta clase de pactos están expresamente prohibidos”⁴⁰.

Por lo expuesto, los efectos previstos por el *Código Civil* son nítidos en cuanto a la invalidez del pacto en estudio por tratarse de un supuesto de objeto ilícito calificado⁴¹. En consecuencia, la sanción que ha de esperarle a esta ilicitud es, sin lugar a dudas, la de nulidad absoluta por expresa disposición del *Código Civil*⁴².

En un sentido similar, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor prescribe que son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas que “eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados”⁴³.

Para ahondar en esta cuestión, el *Código Civil* distingue tres especies de culpa. La primera categoría, esto es, la culpa grave, equivale al dolo⁴⁴. Dicha asimilación es relevante para este análisis porque, entonces, tampoco resultaría plausible una hipótesis de condonación de culpa grave futura⁴⁵.

Por todo lo anterior, es evidente que la condonación del dolo y culpa grave futuros deviene en la nulidad absoluta del pacto. Esbozar una argumentación en sentido opuesto resultaría fútil. Este trabajo no se adentrará en esa empresa. Como se indicó, la base de la proscripción es evitar que puedan autorizarse de antemano actuaciones dolosas. No se puede dejar de reconocer que, de pactarse este tipo de condonaciones, su consecuencia es la nulidad absoluta.

³⁹ ALESSANDRI (1949), p. 142.

⁴⁰ J.J.B. con V.E. Corte Suprema de Justicia del Ecuador (1998), párr. 15.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Art. 1698 del *Código Civil* del Ecuador.

⁴³ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, de 2000, art. 43.

⁴⁴ Art. 29 del *Código Civil* del Ecuador.

⁴⁵ BARROS (2007), p. 1099.

En conclusión, a lo largo de este acápite se ha desarrollado el concepto del dolo tomando como partida a la propia norma civil. Además, se delimitó la prohibición de condonarlo analizando los efectos que el *Código Civil* prevé para acuerdos de este tipo. A continuación, se revisó la equiparación del dolo con la culpa grave y por qué, en caso de pactar una condonación, esta resultaría prohibida en ambos supuestos.

III. INTERPRETACIÓN DEL PACTO DE INDEMNIDAD Y REFLEXIONES SOBRE SU NULIDAD O VALIDEZ

En esta sección se desarrollarán tres puntos:

- 1) Se va a demostrar que antes de escalar al análisis de validez o invalidez de las cláusulas, lo primero es interpretar cuál ha sido la voluntad de las partes a la hora de otorgarlas.
- 2) A continuación, se presentarán aquellos argumentos que rechazan la validez del pacto.
- 3) Para finalizar, se expondrán las ideas de quienes abogan por su validez.

1. Régimen general de interpretación

Existen serias dudas sobre la admisibilidad de las cláusulas de indemnidad reclamadas por un beneficiario que, actuando de forma dolosa o con culpa grave, efectivamente provocó daños a un tercero. Como podrá advertir en las próximas líneas el lector, en este trabajo se han seleccionado algunos fallos estadounidenses para ilustrar el punto. Esto responde a su relevancia en el análisis de las cláusulas de indemnidad. Los casos han sido destacados por la doctrina porque entran a estudiar en profundidad los elementos clave de dichas cláusulas, abordando su operatividad y límites en situaciones contractuales complejas.

No se trata de una selección al azar, sino de decisiones que han sido citadas ampliamente en la literatura jurídica por su aporte al entendimiento de estas estipulaciones. La inclusión de varias decisiones del estado de Nevada obedece a que sus tribunales han emitido resoluciones relevantes en el ámbito comercial y corporativo. Estas decisiones se han convertido en referentes debido a su tratamiento detallado de las cláusulas de indemnidad, lo que las hace pertinentes para ilustrar el tema en este trabajo.

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

Visto así, si las partes explícitamente pactaron que la cláusula comprende el dolo o culpa grave del beneficiario, entonces se debe ejecutar lo convenido y el

deudor debe pagar su obligación⁴⁶. En la misma línea, es posible negar la eficacia de las estipulaciones que son demasiado amplias o ambiguas, en aras de no imponer al deudor una carga demasiado onerosa si es que no resulta claro que tuvo la intención de obligarse a soportarla⁴⁷.

Verbigracia, en el caso *Batson-Cook Co. c. Industrial Steel Erectors*, la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos estimó que para ser válida la cláusula “debe ser expresada en términos inequívocos, de modo que no basta que se hable en forma genérica de todos los daños o pérdidas”⁴⁸. En *Calloway c. Ciudad de Reno*, otro caso famoso en esta materia, la Corte Suprema del estado de Nevada argumentó:

“Las cláusulas de indemnidad se interpretan estrictamente, en particular cuando el acreedor alega que debe ser beneficiado por su propia negligencia. Los pactos de indemnidad ambiguos se interpretan en contra del beneficiario, especialmente cuando este fue el redactor del acuerdo. De hecho, cuando un acreedor solicita indemnidad por sus propios actos negligentes basándose en una cláusula de indemnidad expresa, la cláusula debe expresar clara e inequívocamente la asunción de responsabilidad del obligado por los actos negligentes del beneficiario”⁴⁹.

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

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

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

2. Argumentos sobre la invalidez del pacto

En este acápite se revisarán los argumentos que se han utilizado para sustentar que la cláusula en estudio debería ser inválida. La doctrina mayoritaria conside-

⁴⁶ COURTNEY (2015), p. 84.

⁴⁷ STEIN (2007), p. 9.

⁴⁸ *Batson-Cook Company Incorporated con Industrial Steel Erectors* (1958), párr. 30.

⁴⁹ *Calloway con City of Reno* (1997), párr. 10.

ra que estos pactos incurren en la prohibición del art. 1481 del *Código Civil*. Se ha dicho que aun cuando:

“se reconoce amplia autonomía individual para adoptar estas estipulaciones, las mismas no pueden condonar el dolo futuro del beneficiario ni representar una ventaja económica para quien ha causado la pérdida”⁵⁰.

Una de las ideas que robustecen esta tesis es del tipo económico-jurídico. Se alega que, de aceptarse la validez de este tipo de cláusulas, se generaría indefectiblemente un problema de riesgo moral, entendido como la capacidad que tiene la estipulación de alterar los incentivos del beneficiario para prevenir los daños a terceros⁵¹. En otras palabras, se niega la validez del pacto porque, con su existencia, se estaría incentivando un comportamiento oportunista por parte del acreedor. Como se expondrá, también hay una tesis opuesta que refuta este argumento.

Se menciona, también, que, por analogía, las reglas del *Código Civil* sobre el contrato de compraventa dan luces respecto de la invalidez de estas cláusulas. En concreto, como la norma prescribe que cesa la obligación de sanear “si el comprador perdió la posesión por su culpa, y de ello se siguió la evicción”⁵², aquello significa que el vendedor no responde por evicciones generadas por dolo o culpa grave del comprador⁵³. En tal sentido, las cláusulas objeto del presente estudio tampoco pueden configurarse de tal manera que el deudor tenga que responder por las conductas dolosas del acreedor.

En un sentido similar, se ha argumentado que pactar estas cláusulas es contravenir el principio general del derecho de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵⁴. Esto por cuanto el beneficiario de la indemnidad estaría en la favorable posición de quedar cubierto por los daños que, a propósito, hubiere provocado a terceros.

El principio mencionado se encuentra consagrado en el *Código Civil* a través de varios artículos. Es el caso de la prescripción de que, si una persona paga por objeto ilícito, conociendo que lo es, no tiene derecho a repetir lo pagado⁵⁵. También ocurre lo mismo con la nulidad absoluta, que no puede ser alegada por quien ha ejecutado un acto o celebrado un contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba⁵⁶.

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

⁵⁰ CASTRO (2011), p. 590.

⁵¹ SHAVELL (1979), p. 541.

⁵² Art. 1786 del *Código Civil* del Ecuador.

⁵³ ALESSANDRI (2003), pp. 73-74.

⁵⁴ CORRAL (2019), p. 221.

⁵⁵ Art. 1484 del *Código Civil* del Ecuador.

⁵⁶ Art. 1699 del *Código Civil* del Ecuador.

sente en varias normas⁵⁷, y que “nadie, ni las personas naturales ni las personas jurídicas, pueden beneficiarse de su propia falta, dolo o culpa”⁵⁸.

Por último, como otro argumento, se ha mencionado que en términos de interpretación contractual el art. 1578 del *Código Civil* prescribe que “el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno”⁵⁹. Visto así, se entendería que las cláusulas de indemnidad para reclamaciones derivadas de dolo o culpa del beneficiario no están incluidas dentro del pacto, pues “de lo contrario se tendría que declarar la nulidad”⁶⁰ de las mismas y esto contravendría su efecto útil.

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

3. Argumentos sobre la validez del pacto

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

Quienes defienden la validez de la cláusula parten del supuesto de que los contratantes estructuran las indemnidades de un modo específico según sus necesidades. En ese sentido, se sostiene que es posible pactar que el deudor responderá por daños que su acreedor genere dolosamente a terceros, pues “en razón del principio de la autonomía de la voluntad privada nada obsta a su validez, teniendo los contratantes la facultad de pactarlo legítimamente”⁶¹.

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

“se informe debida y oportunamente al otorgante que se ha producido un reclamo o alegación por parte de un tercero que estén cubiertos por la cláusula”⁶².

⁵⁷ M.P.T.B. con M.P.B. Corte Nacional de Justicia (2012), caso número 025-2012 JBP, párr. 6.

⁵⁸ Cooperativa de Vivienda Los Chasquis con Aseguradora del Sur. Corte Nacional de Justicia (2009), caso número 0636-2009, párr. 10.

⁵⁹ Art. 1578 del *Código Civil* del Ecuador.

⁶⁰ CORRAL (2019), p. 222.

⁶¹ SCHOPF (2020), p. 702.

⁶² CORRAL (2019), p. 214.

Verbigracia, se suele pactar “la entrega de los antecedentes necesarios para una adecuada defensa en juicio, la forma en que se desarrollará la defensa ante el tribunal”⁶³, entre otros aspectos relevantes. Es más, el beneficiario:

“debe actuar siempre de buena fe, por lo que no podrá hacer reconocimientos de derechos, renunciaciones de recursos o actos de transacción en el proceso, sin el consentimiento del otorgante”⁶⁴.

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

También se ha planteado una objeción a la idea de que el beneficiario de la indemnidad estaría aprovechándose de su propio dolo. Aunque es claro que en derecho se prohíbe que alguien obtenga ventajas de su conducta dolosa o gravemente negligente, es necesario evaluar si las cláusulas de indemnidad encajan en esta prohibición. Como lo menciona Adrián Schopf, podría existir una diferencia entre que una parte se aproveche de su propio dolo o culpa grave y que solo se neutralicen los efectos patrimoniales de esas conductas⁶⁵.

En respaldo de esta idea se argumenta que, de lo contrario, habría que concluir que resulta inválido contratar seguros de responsabilidad civil que son, precisamente, mecanismos para neutralizar los efectos patrimoniales del riesgo de incurrir en un comportamiento doloso o culpable que cause daño a otro⁶⁶. Como ese no es el caso, no habría un aprovechamiento del dolo o la culpa grave propios y, en consecuencia, nada impediría que la cláusula se pueda configurar de tal modo que proteja aquellas actuaciones del beneficiario. Simplemente se trataría de una neutralización anticipada del riesgo de causar daños a terceros.

Al respecto, la jurisprudencia del *common law* ha manifestado que “por razones de orden público, [...] los contratos de indemnidad en estos casos deben ejecutarse porque asignan el riesgo”⁶⁷. En otras palabras, es criterio de los tribunales que, en caso de inobservar el pacto expreso por el que las partes contratantes decidieron distribuir sus riesgos, eso sí implicaría contravenir un orden público por trastocar principios como la autonomía de la voluntad y la libertad de configuración interna de las relaciones jurídicas privadas.

Este trabajo propone que esta posible distinción puede servir como un argumento adicional para defender la validez de cláusulas que exoneran al bene-

⁶³ SCHOPF (2020), p. 692.

⁶⁴ CORRAL (2019), p. 214.

⁶⁵ SCHOPF (2020), p. 703.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ American Fed. Savings Bank con County of Washoe (1990), párr. 2.

ficiario, siempre y cuando se maneje con precaución. De hecho, es necesario considerar que, en algunos contextos, el hecho de evitar las consecuencias patrimoniales podría interpretarse como una ventaja implícita, lo que complica la aplicación de esta diferenciación. Por lo tanto, la legitimidad de estas cláusulas dependerá del caso concreto y de los valores jurídicos que se busque preservar.

Además, como contrargumento a la idea de la interpretación de efecto útil, se ha sostenido que, en realidad, si las partes han pactado estas indemnidades, el verdadero efecto útil es entender que se incluye la responsabilidad del otorgante frente a terceros por dolo o culpa grave: “De lo contrario, la estipulación carecería de eficacia y sentido práctico, lo que debe tenerse por descartado”⁶⁸.

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

“La cuestión de si un acuerdo de indemnidad cubre un caso determinado depende principalmente de la interpretación contractual, y es la intención de las partes expresada en el acuerdo la que debe prevalecer. Cuando las partes negocian a sabiendas la protección en cuestión, ésta debe concederse”⁶⁹.

En un sentido muy similar, en el caso *Continental Heller Corp. c. Amtech Mechanical Services*, se decidió que a la hora de interpretar los pactos de indemnidad

201

“la intención mutua de las partes prevalecerá y, a menos que las partes le den un significado especial, las palabras de un contrato se entenderán en su sentido ordinario y popular”⁷⁰.

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

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

⁶⁸ COURTNEY (2015), p. 86.

⁶⁹ *American Fed. Savings Bank con County of Washoe* (1990), párr. 2.

⁷⁰ *Continental Heller Corp. con Amtech Mechanical Services Inc.* (1997), párr. 26.

IV. INDEMNIDADES Y SU FRONTERA CON LA CONDONACIÓN DEL DOLO FUTURO

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

La proscripción que ocupa al presente trabajo ya fue contextualizada en cuanto a su fundamento y a su efecto de nulidad absoluta⁷¹. Ahora, lo que resulta útil para este apartado, es revisar su operatividad. La primera sala de lo civil y mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de 9 de abril de 1998, analizó una cláusula de exoneración de responsabilidad. Desde entonces, se ha reiterado el criterio de que la libertad contractual tiene ciertos límites. En ese sentido, la mentada sentencia reza lo siguiente:

“No se puede convenir en contravención de ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, y por la misma razón, *no puede ser materia del pacto, la exoneración anticipada de responsabilidad proveniente de la actuación dolosa* ya que ello contraviene al orden público porque implica condonación de dolo futuro, en efecto, siendo el dolo un proceder ilícito, los pactos que, aun siendo fruto del acuerdo de voluntades de ambos contratantes *tiendan a garantizar la irresponsabilidad por dolo futuro*, implican legitimar por anticipado procederes ilegítimos y *permitir que el deudor no contraiga ningún deber legalmente exigible* aunque proceda con la intención positiva de causar daño al otro contratante, lo cual repugna a la recta razón, por ello es que esta clase de pactos están expresamente prohibidos”⁷².

El fallo resulta ilustrativo. Como se puede notar, hay, por lo menos, dos elementos claros en la condonación de la responsabilidad de quien actuará de forma dolosa. Primero, aunque parezca una perogrullada, existe una relación de dos partes –acreedor y deudor–, cuyo acuerdo expreso consiste en que el segundo no contraerá ningún deber legalmente exigible por el primero⁷³. Segundo, que el pacto en cuestión es uno que tiende a garantizar la irresponsabilidad del obligado⁷⁴.

Ambas consideraciones constituyen un punto de partida necesario para hacer un parangón con las cláusulas de indemnidad. Si los dos factores de la condonación se verifican, evidentemente la estipulación será inválida. Caso con-

⁷¹ Art. 1481 del *Código Civil* del Ecuador.

⁷² J.J.B. con V.E. Corte Suprema de Justicia (1998), párr. 10 (énfasis añadido).

⁷³ CAMPOS (2019), p. 79.

⁷⁴ CLARO (2013), pp. 257-258.

trario, habrá razones para pensar que la indemnidad no incurre en dicho supuesto. Eso se analizará en los siguientes párrafos.

En cuanto al primer elemento, cabe recordar que este artículo trabaja sobre la hipótesis en que la indemnidad se ha formulado para cubrir el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros. No se puede dejar de notar que, para ese supuesto, en realidad, hay dos relaciones distintas. Por un lado, la que une a las partes que acuerdan la indemnidad⁷⁵. Por otro lado, la que genera la responsabilidad del beneficiario del pacto con alguien externo⁷⁶. Lo anterior tiene una importancia superlativa. Como se recordará, la condonación futura del dolo no es aceptable porque el deudor no contrae ningún deber legalmente exigible. Sin embargo, la indemnidad es diferente por varios motivos.

Primero, en este caso el beneficiario de la cláusula no funge como deudor, sino como acreedor del otorgante⁷⁷. Segundo, ya se ha mencionado que sí asume deberes legalmente exigibles para activar la indemnidad, verbigracia, notificar oportunamente al otorgante de la existencia de las acciones o reclamos⁷⁸. Tercero, es cierto que ocupa la posición de deudor frente al tercero afectado. Sin embargo, no es menos cierto que, mientras no haya un pacto entre ambos para condonar la actuación dolosa, entonces quien ha cometido el daño sigue siendo responsable de indemnizar a quien lo ha sufrido⁷⁹. Por tanto, no es posible sostener que se ha configurado la condonación por la sola existencia de una indemnidad.

En cuanto al segundo elemento de la condonación, se mencionó que es un acuerdo para garantizar la irresponsabilidad del obligado⁸⁰. No obstante, eso tampoco es algo que ocurre con las cláusulas de indemnidad para proteger al acreedor frente a reclamos de un tercero. En esos casos, la estipulación solo

“tendrá el efecto de distribuir de manera interna entre las partes que suscribieron el pacto de indemnidad, las cargas y pérdidas correspondientes”⁸¹.

En otras palabras, no es un pacto de irresponsabilidad, sino un acuerdo para asignar la responsabilidad anticipadamente⁸².

Para fortalecer la argumentación planteada, es necesario expandir la explicación sobre la operatividad de las cláusulas de indemnidad. La distinción entre estas cláusulas y la condonación de dolo radica no solo en la estructura formal de la relación jurídica, sino, también, en las cargas que el beneficiario del pacto de indemnidad asume para que dicha estipulación sea efectiva.

⁷⁵ ADORANTI (2006), p. 5.

⁷⁶ COURTNEY (2015), p. 150.

⁷⁷ ADORANTI (2006), p. 6.

⁷⁸ SCHOPF (2020), p. 692.

⁷⁹ TAMAYO (2008), p. 335.

⁸⁰ DOMÍNGUEZ (2016), p. 136.

⁸¹ CASTRO (2011), p. 594.

⁸² PAPAYANNIS (2014), p. 12.

Si bien la indemnidad protege al acreedor frente a los reclamos de terceros, el beneficiario no se libera de cumplir con determinadas cargas previas para activar la cláusula. Por ejemplo, la de notificar oportunamente al otorgante sobre la existencia de una demanda o reclamo es crucial. El incumplimiento de ello podría impedir que se haga efectivo el pacto, lo que evidencia que no hay una irresponsabilidad absoluta ni automática. Estas cargas operan como mecanismos de control que buscan desincentivar comportamientos negligentes o dolosos, ya que la protección depende de la diligencia del beneficiario en cumplir con sus obligaciones contractuales.

Un pronunciamiento arbitral reciente estableció que las pautas acordadas por las partes para dar cabida a la indemnidad son de estricto cumplimiento⁸³. Si las partes, en uso de su libertad contractual, deciden establecer reglas específicas, el incumplimiento de esos acuerdos conlleva la pérdida del derecho a recibir la protección.

Es relevante considerar que estas cláusulas no están diseñadas para exonerar totalmente al beneficiario del deber de reparar el daño causado. La indemnidad tiene el efecto de redistribuir, de manera interna, las pérdidas entre las partes del acuerdo, pero no neutraliza la responsabilidad frente al tercero afectado. De esta manera, si el beneficiario causa un daño doloso o gravemente negligente a un tercero, su responsabilidad frente a este último subsiste, y el acuerdo de indemnidad solo reorganiza las consecuencias patrimoniales entre las partes contratantes.

Por tanto, la cláusula de indemnidad no permite que el beneficiario se aproveche de su propia conducta dolosa, ya que no lo exime de las responsabilidades legales que tiene frente a terceros. Esta redistribución interna de responsabilidades, sumada a las cargas que debe asumir el beneficiario, impide que el pacto de indemnidad se transforme en un incentivo para la causación de daños.

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

CONCLUSIONES

1. El trabajo analizó los pactos de indemnidad a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano y con respecto a la prohibición de condonar el dolo futuro en particular. Se revisó el origen anglosajón de estas cláusulas

⁸³ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (2020). Tribunal Arbitral de Mercantil Galerazamba con Cía S.C.A. y G. H. R. E. O.

- y se estudiaron sus finalidades de manera general. Esto permitió concluir que operan como instrumentos confiables para la asignación anticipada de riesgos. Por esa razón se han importado a relaciones comerciales de sistemas civiles como Ecuador.
2. Se observó que existen varias clases de cláusulas de indemnidad. Las que más inquietudes han despertado en los sistemas continentales son aquellas que protegen al beneficiario, frente a reclamos de terceros, cuando este ha actuado con dolo o culpa grave. Se mencionó que estas son las indemnidades por antonomasia. Precisamente por ello, y por su creciente utilización que contrasta de sobremanera con su escaso análisis en Ecuador, son el tipo de estipulación que se ha convertido en el objeto de este estudio.
 3. También se revisó la prohibición de condonar el dolo futuro que está contenida en el art. 1481 del *Código Civil*. Se pudo concluir que la norma es clara en cuanto a que se trata de una hipótesis de objeto ilícito cuya consecuencia indefectible es la nulidad absoluta. En ese sentido, si se acepta la tesis de que la cláusula de indemnidad configura esta institución, entonces no habría espacio para discutir su validez.
 4. El trabajo se propuso analizar la interacción que hay entre los pactos de indemnidad y la condonación del dolo futuro. Para ello, se revisaron los elementos de cada figura. Eso permitió concluir que son dos instituciones diferentes. La cláusula de indemnidad que protege el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros no es, por sí sola, una condonación. Así, se ha comprobado exitosamente la hipótesis de investigación, pues se concluye que las estipulaciones objeto de estudio sí pueden ser válidas en tanto no se encasillan en esa prohibición.
 5. El trabajo reconoce como primera limitación que el estudio de las cláusulas de indemnidad en países civilistas ha sido escaso. Esto se debe principalmente a que son pactos importados desde sistemas anglosajones. Por lo mismo, el artículo no contiene análisis que examinen la figura desde la óptica nacional.
 6. Como segunda limitación, se acepta que el trabajo no profundizó en los mecanismos de revisión contractual que podrían o no aplicarse a las indemnidades. Si bien es un tema de gran interés, se considera que puede constituir un artículo académico en sí mismo. Otra limitación es que, por desviarse del objeto del presente estudio, tampoco se exploró la aplicabilidad de las cláusulas de indemnidad en contratos públicos. El tema surgió como resultado de las indagaciones realizadas y podría ser relevante ahondar en él. Para tratar estas limitantes, se invita al lector a reflexionar en torno a las temáticas propuestas y a tomar este trabajo como punto de partida para investigaciones ulteriores.
 7. El trabajo buscó aportar al estudio de las cláusulas de indemnidad en el país. Se ha evidenciado que, a primera vista, las estipulaciones parecerían ser una condonación del dolo futuro. Sin embargo, ha sido nece-

sario adentrarse en cada figura para poder determinar los pormenores de su operatividad. Solo así fue posible evidenciar que hay diferencias importantes entre ambas. Esto abre la posibilidad de que se acepte la validez de los pactos de indemnidad que protegen el dolo del acreedor frente a reclamos de terceros.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADORANTI, Frank (2006). *The managers guide to understanding indemnity clauses*. London: Global Professional Publishing.
- ALESSANDRI BEZA, Arturo (2003). *De la compraventa y de la promesa de venta*. Santiago: Editorial Jurídica Chile.
- ALESSANDRI PALMA, Arturo (1949). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria.
- ARTAGAVEYTIA, Pablo (2023). “Instrumentación contractual de una operación de adquisición de acciones o activos”. *THEMIS-Revista de Derecho*, n.º 84. Lima.
- BARROS, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS, Enrique y Nicolás ROJAS (2009). “Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales”, en UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN, DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO (coord.) *Estudios de Derecho Civil v*. Concepción: Abeledo Perrot.
- CAMPOS, Sebastián (2019). “Hacia una noción más amplia y versátil de objeto ilícito”. *Ars Boni et Aequi*, vol. 15, n.º 2. Santiago.
- CASTRO, Marcela (2011). “Cláusulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano”, en Maximiliano ARAMBURU (ed.). *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*. Bogotá: Diké.
- CLARO, Luis (2013). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, Hernán (2019). “Una aproximación a la recepción de las cláusulas de indemnidad por reclamaciones de terceros en el derecho de contratos chileno”, en Germán RAMÍREZ y Enrique VARSÍ (eds.). *Congreso Internacional de Derecho Civil. Diálogo entre disciplinas*. Lima: Instituto Pacífico, tomo I.
- COURTNEY, Wayne (2015). *Contractual indemnities*. Oregon: Hart Publishin.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2016). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ELLORIAGA DE BONIS, Fabián (2009). “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 12. Santiago.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo (pater) y Eduardo FAVIER DUBOIS (H) (2018). “Las cláusulas de indemnidad en los acuerdos comerciales”. Disponible en <https://favier>

- duboissspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/las-clausulas-de-indemnidad-en-los-acuerdos-comerciales-2/ [fecha de consulta: 13 de octubre de 2024].
- HINESTROSA, Fernando (2015). *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LEÓN, Avelino (1983). *El objeto de los actos jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- MEZA, Ramón (1995). *Manual de derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.
- MUÑOZ, Karen y Carlos PIZARRO (2021). “Las cláusulas de indemnidad por reclamos de terceros”. *Revista de Derecho de Universidad de Concepción*, n.º 89. Concepción.
- O’NEIL, William (1996). “Insuring Contractual Indemnity Agreements under CGL, MGL and P& I Policies”. *Tulane Maritime Law Journal*, No. 21. Louisiana.
- OSPINA, Guillermo y Eduardo OSPINA (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Editorial Temis.
- PAPAYANNIS, Diego (2014). “La responsabilidad como asignación de pérdidas”. *In Dret*, n.º 1. Barcelona.
- PARKEY, Penny & Jhon SLAVICH (2016). “Contractual efforts to allocate risk of environmental liability: ¿Is there a way to make indemnities worth more than the paper they are written on?”. *SMU Law Review*, No. 44. Texas.
- PARRAGUEZ, Luis (2021). *Régimen jurídico del contrato*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.
- PISANO, Charles (1988). “Judicial Interpretation of Indemnity Clauses”. *Louisiana Law Review*, No. 48. Louisiana.
- ROJAS, Sergio (2021). “Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas”. *Vniversitas*, n.º 70. Bogotá.
- SCHOPF, Adrián (2020). “Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos”, en Fabián ELORRIAGA DE BONIS (ed.). *Estudios de derecho civil XV*. Santiago: Thomson Reuters.
- SHAVELL, Steven (1979). “On moral hazard and insurance”. *The Quarterly Journal of Economics*, No. 93. Oxford.
- STEIN, Steven (2007). “Advanced analysis of contract risk-shifting provisions: Is indemnity still relevant?”. *The Construction Lawyer*, No. 1. Florida.
- TAMAYO, Javier (2008). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Temis.
- VODANOVIC, Antonio (2001). *Manual de derecho civil*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Normas citadas

- Código Civil, Registro Oficial del Ecuador*, suplemento n.º 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 13 de marzo de 2024.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial del Ecuador* n.º 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 30 de mayo de 2024.

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, *Registro Oficial del Ecuador*, suplemento n.º 116, 10 de julio de 2000, reformado por última vez el 11 de febrero de 2022.

Jurisprudencia citada

American Fed. Savings Bank con County of Washoe (1990): Corte Suprema de Nevada, 7 de diciembre de 1990, causa n.º 20787, párr. 2. Nevada: Estados Unidos.

BatsonCook Company Incorporated con Industrial Steel Erectors (1958): Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de Estados Unidos, 12 de septiembre de 1958, causa n.º 257, párr. 30. Louisiana: Estados Unidos.

Calloway con City of Reno (1997): Corte de Apelaciones de Nevada, 22 de mayo de 1997, causa n.º 939, párr. 10. Nevada: Estados Unidos.

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal Arbitral de Mercantil Galerazamba y Cía S.C.A. y G. H. R. E. O. (2020): Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, 24 de septiembre de 2020, causa n.º 5359. Bogotá: Colombia.

Continental Heller Corp. con Amtech Mechanical Services Inc. (1997): Corte Superior de Los Ángeles, 18 de febrero de 1997, causa n.º 8174, párr. 26. California: Estados Unidos.

Juan José Bustamante con Víctor Encalada (1998): Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de abril de 1998, párr. 10. Quito: Ecuador.

Cooperativa de Vivienda Los Chasquis con Aseguradora del Sur (2009): Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de diciembre de 2009, Causa n.º 06362009, párr. 10. Quito: Ecuador.

Manuel Patricio Torres Borja con María Pilar Balladares (2012): Corte Nacional de Justicia, Sala de Casación, 22 de marzo de 2012, causa n.º 0252012 JBP, párr. 6. Quito: Ecuador.

MacDonald & Karuse, Inc. con San Jose Steel (1972): Corte de Apelaciones de California, 14 de diciembre de 1972, causa n.º 37924, párr. 29. California: Estados Unidos.

Rossmoor Sanitation, Inc. con Pylon Inc. (1975): Corte Suprema de California, 28 de febrero de 1975, causa n.º 30356, párr. 13. California: Estados Unidos.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
av.	avenida
c.	con
Co.	Company
<i>Código Civil</i>	<i>Código Civil</i> ecuatoriano de Registro Oficial, Suplemento n.º 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez 13 de marzo de 2024

coord.	coordinador
Coorp.	corporation
ed.	editor
eds.	editores
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Inc.	Incorporated
M&A	Mergers and Acquisitions
n.º	número
No.	number
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
párr.	párrafo
pp.	páginas