

Juicio No. 17230-2018-10199

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.-

Quito,

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia; integrado por los señores Jueces Nacionales: doctor Roberto Himmler Guzmán Castañeda, doctor David Isaías Jacho Chicaiza y doctor Wilman Gabriel Terán Carrillo (Juez Nacional Ponente); Magistrados que fueron electos conforme a procedimientos preestablecidos, regidos por los principios de participación, transparencia y control social, como ejes cimentadores del Estado Ecuatoriano, que habiendo sido designados y posesionados por el Consejo de la Judicatura; y, al ser encargados en los respectivos despachos acorde a las facultades de la Corte Nacional de Justicia, más el sorteo de ley realizado, por el cual ha correspondido conocer esta causa; acorde a sus facultades establecidas en la Constitución y en la Ley, en respeto al circuito jurídico estatuido en el orden de los estándares de Derechos Humanos, de aplicación constitucional y de rigurosidad jurídica de manera armónica y sincrónica para bien decidir, notifican por escrito la siguiente decisión:

ANTECEDENTES

1.- La decisión impugnada: Es la resolución dictada por el Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, de 11 de julio de 2019, en la causa ordinaria seguida por la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, en contra de la compañía DEL CASTILLO GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA. LTDA.

1.1.- Proceso que la indicada Sala, lo conoció en virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juzgador de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, de 13 de febrero de 2019, que decidió aceptar parcialmente la demanda, ordenando que la parte demandada pague a la actora \$9.600,00, sin costas.

1.2.- Satisfecho el trámite de dichas apelaciones, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, decidió negar el recurso de apelación de la parte actora y aceptar el interpuesto por la parte demandada, declarando sin lugar la demanda.

2.- La parte recurrente: Notificada la sentencia en cuestión, la actora, deduce recurso de casación, convirtiéndose de esta manera en sujeto activo e impulsor del medio impugnatorio casacional.

3.- Causales admitidas en el recurso de casación: Al recibirse el planteamiento casacional, por sorteo, es conocido por la respectiva Conjueza Nacional, Rita Bravo Quijano, quién luego del estudio formal del escrito fundamentado de casación, ha admitido el mismo por los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del Código Orgánico General de Procesos (*en adelante COGEP*).

FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN Y CONTRADICCIÓN

4.- Cumpliendo con el rito del recurso extraordinario de casación, al amparo del artículo 272 del Código Orgánico General de Procesos, la recurrente, Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, por parte de su defensa técnica, fundamentó su recurso en

audiencia oral, pública y contradictoria, el cual fue debatido por la contraparte, en total armonía del circuito jurídico y respeto de los derechos. El contenido relevante de la fundamentación oral es el que continúa en párrafos siguientes.

5.- Intervención de la defensa técnica de la parte recurrente en casación: En lo medular, señala primero por el caso dos casacional, que el fallo decaería en falta de motivación, pues acorde a los artículos 95 y 90 del COGEP, toda sentencia debe contener el pronunciamiento sobre las objeciones presentadas, la relación de los hechos probados relevantes para la resolución, la motivación y la decisión pronunciada sobre el fondo del asunto; lo cual asegura que no cumpliría la sentencia recurrida, al dejar de lado el análisis de las excepciones planteadas por la demandada y el estudio del objeto de la causa, por ello considera que la sentencia no cumpliría con este requisito mínimo. Al amparo del caso tres de casación, alega que no se habría resuelto lo que era materia de litigio, constituyendo infracción al artículo 92 del COGEP, atinente a que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con los puntos materias del proceso y resolver las peticiones de las partes y decidir los puntos litigiosos del proceso; alude que el objeto controvertido, consistiría en determinar si existía o no incumplimiento contractual, que origine el cobro de cláusula penal y daños y perjuicios, por lo que no habría sido necesario analizar la terminación o no del contrato, ello, provocaría que se omita pronunciarse sobre el pago de la cláusula penal, el derecho a cobrar daños y perjuicios e incluso lo que alegó la parte demandada, esto es el incumplimiento por fuerza mayor; conforme el artículo 91 del COGEP, el juzgador debe corregir las omisiones o errores de derecho incurridos por las partes, pero no puede otorgar o declarar mayores o diferentes derechos a los pretendidos en la demanda, ni fundar su decisión en hechos distintos a los alegados. Respecto al caso quinto del artículo 268 del COGEP, acusa la indebida del artículo 1505 del Código Civil y la falta de aplicación de los artículos 1551, 1558 y 1559 *ibidem*; expresa que la Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT Corp, que representa derechos del artista Sebastián Yatra, demandó incumplimiento contractual de la Compañía PROCASGAR, ya que ésta, habría terminado el contrato de servicios profesionales de presentación de artista de forma unilateral y sin justa causa, incumpliendo con los pagos previstos en el contrato; todo esto al amparo de una causal que no era aplicable a las circunstancias dadas en torno al contrato; la demanda habría sido para determinar el incumplimiento que da lugar al pago de cláusula penal establecida en el propio contrato y los daños y perjuicios, pues de otra manera no hay posibilidad de su exigencia; sin embargo, el Tribunal de apelación, aplicando indebidamente el artículo 1505 del Código Civil, niega la demanda, señalando que para demandar daños y perjuicios se tenía que establecer o demandar: la resolución del contrato o su cumplimiento efectivo, sin considerar que el contrato ya haya concluido; por ello, no habría sido necesario detenerse en ese análisis, ya que existiría una comunicación enviada por la compañía PROCASGAR a la Compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT Corp, que da por terminado el contrato sobre la base de causal de terminación de fuerza mayor o caso fortuito, por lo que considera que el artículo 1505 del Código Civil, que plantea el concepto de la condición resolutoria tácita, no era aplicable, sino la condición expresa u ordinaria, en razón del acuerdo de las partes, quedando como objeto de la decisión, determinar si se produjo la causal que motivó la terminación del contrato por

parte de PROCASGAR, originando el cobro de la cláusula penal y los daños y perjuicios; por lo que se habría dejado de aplicar el artículo 1572 del Código Civil, atinente a la posibilidad de demandar daños y perjuicios entendiéndose por estos al daño emergente y lucro cesante, así como los artículos 1551, 1558 y 1559 del Código Civil, referentes a la cláusula penal, que es un mecanismo de sanción que las partes establecen en el evento de un incumplimiento contractual. Bajo estos cargos, solicita se case la sentencia y dicte la que un su lugar corresponda.

6.- Intervención de la defensa técnica de la contraparte: Por principio de contradicción, se escuchó a la contraparte, que en lo puntual, indica que sobre las alegaciones traídas a casación, la Corte Provincial, decidió rechazar la demanda, en razón de que, a su juicio, la demanda de daños y perjuicios sería accesorio a la de resolución o cumplimiento. Ante la existencia de un contrato bilateral con obligaciones mutuas, era aplicable el artículo 1505 del Código Civil, debiendo demandarse la terminación del contrato y la posterior indemnización de daños y perjuicios. Además, la sentencia estaría debidamente motivada, por estar afianzada en principios legales en base a la proposición de la demanda y por ende, no incurriría en ninguno de los vicios denunciados en el recurso de casación.

CONSIDERANDOS

7.- Jurisdicción y Competencia: Según el artículo 76 numerales 1, 3, 7 letra k; artículos 167, 172, 178.1 y 184 numeral 1 de la Constitución de la República; artículo 7, en concordancia con los artículos 141, 183 numeral 4, 184, 190 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial; por mandato del artículo 269, inciso primero, del Código Orgánico General de Procesos y por efectos de la Resolución 03-2021 de la Corte Nacional de Justicia; los suscritos Magistrados de esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, poseen jurisdicción y competencia para conocer las impugnaciones casacionales, ventilarlas y decidir en razón de la materia, tiempo, lugar, grado y personas (*in rationae, materiae, témporis, loci, gradus y personae*).

8.- Validez procesal: El artículo 76 de la Constitución de la República, impone la obligación de asegurar el debido proceso, que se concreta en respetar, observar y aplicar los principios, derechos y garantías constitucionales, entre las que se encuentra el derecho a la defensa, que comporta, no ser privado de tal ejercicio, en ninguna etapa o grado del proceso. Del mismo modo, en atención a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 130 del Código Orgánico de la Función Judicial; es facultad jurisdiccional esencial, cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes, así pues, del estudio de las tablas procesales en el ámbito casacional, no se observa trasgresión de tales derechos y garantías, ni violación a solemnidad sustancial o existencia de nulidad a declarar; el trámite es válido, están cumplidos los principios rectores de derechos y garantías constitucionales y de estándares internacionales de Derechos Humanos y Administración de Justicia, por lo que se declara su validez.

DELIMITACIÓN DEL JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA (Delimitación del Recurso de Casación)

9.- Función del Recurso de Casación: La casación, desde su función sistémica, su misión principal, está en vigilar, la aplicación de la ley, con un rol nomofiláctico; es decir,

la de aplicar la ley y protegerla, para erigir la vigencia del circuito armónico de la norma y los derechos; lo cual implica, que los fines de la casación, se encaminan a revisar que la ley dictada por el soberano, se respete en la sentencia, ya que el recurso de casación no tiene destino particular aplicable a hechos del caso en concreto de forma exclusiva; sino, que tiene el carácter de extraordinario, por su esencia limitada en sus propias causales; así pues, esquemáticamente, la casación, se alinea en un control de precedentes, la vigilancia de la correcta aplicación de la ley, por una vía de unificación de criterios, el examen de la observancia de la ley sustantiva, según la naturaleza de cada causal de casación.

10.- Contenido de los casos invocados, admitidos en fase previa de admisibilidad:

Como quedó establecido, en el párrafo 3 de esta sentencia, en concreto los casos admitidos por vía casacional, son el dos, tres y cinco del artículo 268 del COGEP, cuyo contenido es:

“2. Cuando la sentencia o auto no contenga los requisitos exigidos por la ley o en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles así como, cuando no cumplan el requisito de motivación.

3. Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto lo que no sea materia del litigio o se haya concedido más allá de lo demandado, o se omita resolver algún punto de la controversia. (...)

5. Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, que hayan sido determinantes en la parte dispositiva de la sentencia o auto.”

10.1.- El caso dos, es atinente a vicios *in procedendo*, se refiere a la falta de requisitos de forma y de fondo en la sentencia, previstos principalmente en los artículos 90 y 95 del *Código Orgánico General de Procesos* y principalmente la motivación; así como a la adopción de decisiones contradictorias o incompatibles en su parte dispositiva que hagan inejecutable la resolución recurrida.

10.2.- El caso tres del artículo 268 invocado, se produce por vicios de inconsonancia o incongruencia en la sentencia, ya sea por conceder más de lo pedido (*ultra petita*), por conceder menos de lo pedido (*citra petita*) o por conceder algo distinto a lo pedido (*extra petita*), constituye una vulneración al principio dispositivo consagrado en los artículos 168.6 de la Constitución de la República y 19 del *Código Orgánico de la Función Judicial*, que ordena que las juezas y jueces deben resolver de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

10.3.- En cuanto al caso cinco, este es relativo a los errores *in iudicando*, se produce por violación directa normas de derecho sustantivo o de los precedentes jurisprudenciales obligatorios, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación, doctrinariamente se ha llamado a esta causal como vicio de juzgamiento. La falta de aplicación, indebida aplicación o errónea interpretación, son vicios comunes de los casos uno, cuatro y cinco del artículo 268 del COGEP, los mismos responden a conceptos propios de infracción disimiles entre sí, de allí la necesidad de diferenciarlos al formular el cargo, radicando la aplicación indebida en un yerro de selección de norma, en la cual

el juzgador elige una norma no aplicable para la solución del problema jurídico, dejando de esta manera de aplicar la acertada para solucionar la cuestión; la falta de aplicación, en lo esencial es un vicio donde el juzgador omite la selección y aplicación de la norma jurídica encaminada a solucionar el problema jurídico; por último, la errónea interpretación es un yerro, en el cual, si bien el juzgador selecciona la norma adecuada para la solución del problema jurídico, se aleja del espíritu de su esencia dándole un sentido y significación distinta a la que se encuentra destinada la norma para dar la solución al conflicto jurídico.

11.- Conclusión de las causales invocadas o propiamente delimitación conclusiva: El examen de este Tribunal se dirige a verificar la infracción de las normas previstas en los artículos 90, 91, 92 y 95 del COGEP; bajo la presunción de falta de motivación y de que se habría resuelto lo que no es objeto de la controversia; así como la indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil y la falta de aplicación de los artículos 1551, 1558, 1559 y 1572 del mismo cuerpo de ley. Este es el límite sobre el cual actuará este Tribunal, en atención a los casos dos, tres y cinco del artículo 268 del COGEP.

JUICIO DE LEGALIDAD DE LA SENTENCIA

12.- El juicio de legalidad de sentencia, acorde a la metodología científica utilizada en estas ponencias, parte desde dos disciplinares componentes: **a)** el primero, es una abstracción fiel del argumento denunciante de casación, que excluye los contenidos normativos, para caracterizar el elemento fáctico genérico (no es una mera transcripción del argumento casacional); pues, hay que tener presente que la casación, no se destina al problema de hechos históricos del caso en particular – los fallos casacionales, tienen un destino general encaminado a la unificación global de criterios sobre la aplicación de la ley; de allí que, de la abstracción del cuadro fáctico genérico, se deduce y establece la intensión del recurrente frente a la institución jurídica o forma de dar tratamiento a supuestos fácticos similares; **b)** el segundo componente, consiste en sí, en una interrogante que condensa todo el supuesto fáctico que fue previamente extraído; esta interrogante es la que se desarrollará a continuación en el trayecto de posterior estudio del Tribunal, donde se irá atendiendo a la par a los yerros acusados, para al final, condensar en un solo apartado la conclusión que constituye la respuesta puntual a la interrogante planteada. Por lo indicado, jamás la pregunta atenderá al supuesto como si fuese instancia, nunca la interrogante así en la especie será, por ejemplo: “*¿Habrá falta de motivación en el fallo acusado?, menos ¿Se habría dejado de decidir lo que era materia del litigio?, como tampoco ¿Habrá indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil y la consecuente indebida aplicación de los artículos 1551, 1558, 1559 y 1572 del Código Civil?*”, ni nada que se parezca; sino más bien, abstrayendo la o las instituciones jurídicas deducidas del argumento integral fundamentador del recurso, se distinguirá la interrogante inducida de esos contenidos, por lo que el fallo viaja desde lo deductivo con los contenidos generales, para llegar a la interrogante conclusiva específica y desde esta inductivamente con la o las premisas particulares, llegará a una conclusión general solucionadora del problema jurídico, que a su vez, mantiene un fin integrador de unificación de criterios jurídicos. Así se tiene:

12.1.- Primer componente: la alegación casacional, se concretiza en que el fallo estaría inmotivado, por falta de pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sin analizar las excepciones y el objeto de la causa – con ello – se habría resuelto algo fuera del litigio, pues lo controvertido, sería el determinar si hay incumplimiento contractual, para cobrar la cláusula penal más daños y perjuicios, sin requerirse abordar la terminación contractual, decayendo en omisión de pronunciamiento de esos puntos y lo alegado por la demandada, sobre el incumplimiento por fuerza mayor. Se habría demandado el incumplimiento contractual, por terminarse el contrato de servicios profesionales de presentación de artista de forma unilateral, sin justa causa, incumpliendo con los pagos aduciendo una causal inaplicable – con lo cual – se origina el pago de la cláusula penal pactada contractualmente más daños y perjuicios, sin haber otra posibilidad de exigencia; pero, se negaría la demanda, sosteniendo que para requerir aquello, debía proponerse ya sea la resolución o el cumplimiento del contrato, sin percatarse de que éste ya habría concluido, por una comunicación de la demandada a la actora, finalizando el vínculo contractual citando fuerza mayor; por ende, sería inaplicable la condición resolutoria tácita, por ser expresa u ordinaria, pues del acuerdo de las partes, el objeto a decidir, era determinar si se produjo la causal sostenida por la demandada, originando el cobro de la cláusula penal más daños y perjuicios, incluidos el daño emergente y lucro cesante; sin desatender que la cláusula penal, es una sanción establecida por las partes ante un incumplimiento contractual

12.2.- Segundo componente: De la abstracción realizada, en el párrafo precedente, se tiene que en la causal asignada para el Recurso de Casación, lo denunciado, evidencia de manera irrefutable, una sola variante irrevocable y constante en toda la temática, que es: “*contrato bilateral*”, cual variable independiente, que en la especie, emerge acompañada de los siguientes factores dependientes a saber: **a)** resolución expresa y **b)** condición resolutoria tácita; estos últimos, constituyen las variables dependientes. En este caso, ambas clases de variables atienden a una institución jurídica y su régimen. Este encaminamiento, induce a distinguir al problema jurídico a resolver (unas veces son varios); que en la especie inductivamente, se concreta en una sola pregunta (la interrogante siempre debe ser abierta y nunca cerrada), que aterriza en la siguiente cuestión: ¿Cuál es la distinción entre contrato con condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita?; la interrogante planteada, se resuelve en los siguientes párrafos:

¿Cuál es la distinción entre contrato con condición resolutoria expresa y condición resolutoria tácita?

14.- Primero sobre las obligaciones: De manera general constituyen un vínculo o relación jurídica entre las personas; su vocablo, proviene de la etimología latina: (*obligare*); compuesta por: **a)** el prefijo (*ob*): “enfrentamiento”; **b)** el verbo (*ligare*): “atar”; y, **c)** el sufijo (*ción*): “acción y efecto”. Entonces, no solo son una relación, se componen por una situación y una necesidad, que ligan a la libertad de una persona a favor de otra, bajo ciertas circunstancias; en consecuencia, se definen como la relación jurídica por la que dos o más personas, se comprometen a cumplir y adquirir el derecho

de exigir ciertas prestaciones,¹ facultando a compeler a alguien para que procure un bien o un beneficio, ya entregando una cosa, ya haciendo, ya dejando de hacer.² Así, estas constriñen al deudor a satisfacer a su acreedor; y contienen los siguientes elementos constitutivos: **1)** el acreedor, cual sujeto activo o titular del derecho personal de reclamar o exigir la prestación; **2)** el deudor, que es el sujeto pasivo o exigido a la prestación; y, **3)** la prestación u objeto de la obligación, que es el fin del acreedor y el límite del deudor en su deber de dar, hacer o no hacer algo. Su existencia depende de su licitud, posibilidad de realización y de determinación.³ Desde una óptica clasificatoria, acorde al artículo 1453 del Código Civil, las obligaciones nacen: **i)** ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como los contratos o convenciones; **ii)** ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; **iii)** ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en delitos y cuasidelitos; y, **iv)** ya por disposición de la ley, como entre los padres e hijos de familia. En esta virtud, son fuente de las obligaciones: **a)** el contrato, **b)** el cuasicontrato, **c)** el delito, **d)** el cuasidelito y **e)** la ley. El artículo 1454 del Código invocado, distingue al contrato como el “...*acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...*”, de esta manera lo asimila a la esencia de la obligación – sin que por ello – signifique que obligación y contrato sean lo mismo; el contrato es una especie de obligación (la obligación puede provenir de diversas fuentes y en todas ellas pueden subsistir obligaciones de dar, hacer o no hacer). La característica esencial del contrato es que, en este, prima el acuerdo de voluntades, donde el consentimiento juega un papel fundamental, sin el cual, no se puede hablar de verdadero contrato, al ser la intención de las partes la que delimita el objeto y catálogo de obligaciones contraídas; que a diferencia del cuasicontrato, el cual vierte de un hecho voluntario lícito, que no requiere de convención a diferencia del contrato donde media el consenso o acuerdo de voluntades; así el artículo 2184 del Código Civil, establece que “*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito*”; en el contrato siempre se requiere del consentimiento derivado del acuerdo de voluntades, sin depender de un imperativo legal. Conforme el contexto global de la sentencia impugnada, en la presente causa se está ante el reclamo de obligaciones que tienen por fuente un contrato entre las partes (actor y demandado), que como data la sentencia en estudio es un: “**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MUSICALES No. 1245 DE 2017, CELEBRADO ENTRE KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP., Y PROCASGAR LTDA**”.

15.- Las obligaciones por la manifestación de voluntad contractual: El artículo 1476 del Código Civil, consagra que “*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia*

¹ Larenz, Karl. Derecho de las obligaciones, Olejnik, Santiago de Chile. 2020

² Colmo, Alfredo. De la obligaciones en General, Menéndez, Buenos Aires. Tercera Edición.

³ Alessandri, Arturo. Somarriva Manuel. Curso de Derecho Civil Tomo III de las obligaciones, Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Pág. 6

puede ser objeto de la declaración”; siendo la fórmula con la cual se determinan los alcances y efectos del cumplimiento o incumplimiento de la obligación constreñida a una declaración de voluntad reflejada en un contrato o convención y las consecuencias que derivarían en el responsable. Sea cual fuese el objeto, a la luz del artículo 1489 a 1514 del Código invocado, en principio las obligaciones se deben cumplir de forma inmediata y sin restricciones, es decir qué en su mayoría, son puras y simples, pero en ciertas ocasiones pueden estar sujetas a ciertas circunstancias, convirtiéndolas en condicionales, que dependen de un acontecimiento o hecho incierto y futuro del que depende la existencia o extinción de la obligación – suspensiva y resolutoria⁴ –. Así también los contratos, pueden contener obligaciones modales, al estar sujetas a ciertas cargas u obras, de cuyo acatamiento y existencia de cláusula resolutoria depende sus efectos; los contratos, también pueden contener obligaciones a plazo, según el cual se fija el tiempo en que puede exigirse su cumplimiento. Es decir que la resolución en este conjunto de obligaciones ante el incumplimiento es expresa, en la especie, se tiene que al revisar en íntegro el fallo, dentro del Considerando Cuarto en las migraciones del acto de proposición, consta que se transcribe la cláusula Décima Octava, del contrato objeto de esta causa, donde consta el siguiente texto: “*Causales de Terminación.- El presente contrato podrá darse por terminado anticipadamente por cualquiera de las partes cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias: a) Mutuo acuerdo entre las partes. b) imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes. c) Por incumplimiento continuo e injustificado de las obligaciones contenidas en el presente contrato, por una de las partes sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual la parte incumplida responderá por los daños y perjuicios a que haya lugar. d) El retraso injustificado en la ejecución de las obligaciones contraídas en el presente contrato*”. Del contenido de esta cláusula, se determina que las partes de manera expresa, han establecido causas de terminación del contrato, así se tiene: **a)** la primera que tiene una forma mutua, no condicional, ni suspensiva, ni modal ni resolutoria; **b)** la segunda, atinente a factores fuera de la voluntad de los contratantes como lo es el caso fortuito o fuerza mayor – que en la especie, alude que ha de ser para una o ambas partes, pero tampoco se aprecia una pureza de obligación mutua, no condicional, ni suspensiva, ni resolutoria, sino por un evento o eventos inciertos, impensables e inesperados, que le dan el modo de terminar anticipadamente de manera unilateral o conjunta, lo cual queda incluso sujeto a examen en caso de discrepancia, pero aún así es un por un motivo en que no media la voluntad o el accionar de alguna de las partes; **c)** la tercera habla de incumplimiento continuo e injustificado de las obligaciones contenidas en dicho contrato, por una de las partes sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, caso en el cual la parte incumplida responderá por los daños y perjuicios a que haya lugar; en este caso, siempre estará pendiente la constitución en mora previa y la secuencialidad del incumplimiento para reflejar trascendencia y poder demandar la terminación unilateral del contrato, por ende no refleja obligación expresa mutua, condicional, suspensiva, modal o resolutoria; **d)** la última, refleja otra forma de

⁴ Art. 1495 del Código Civil.- La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho.

mora al ejecutarse las obligaciones del contrato, lo cual tampoco guarda relación con obligaciones obligacion mutuales, condicionales, suspensivas, modales o resolutorias, lo cual no hay que confundir con la condición resolutoria tácita, dispuesta en el artículo 1505 del Código Civil.

16.- El incumplimiento de obligaciones en un contrato bilateral: Una obligación engloba el derecho de exigir que se cumpla y por tanto es responsabilidad del deudor garantizarle al acreedor tal ejecución. El Libro IV del Código Civil, Título XII, al abordar los efectos de las obligaciones, los regula al devenir del vínculo previo entre las partes; es decir, las que tienen como fuente el contrato, por cuanto en aquellas, la relación obligacional está dada por la voluntad, de manera que el legislador se limita a regular su exigibilidad bajo ciertos parámetros mas no sus alcances, por ello la ley determina que los contratos son ley para los contratantes y no puede ser invalidados sino por el consentimiento o por causas legales. En la especie, la controversia deviene de un contrato bilateral, por lo que es irrefutable que las partes estaban previamente vinculadas entre sí, por ese contrato, correspondiendo analizar los efectos que le conciernen a dicha relación y que le son exigibles al ser una obligación de tipo civil. Al respecto, cuando los contratos no se cumplen o en definitiva, se cumplen pero imperfectamente o retarda su cumplimiento por mora, el acreedor está autorizado para demandar su cumplimiento forzoso o su resolución y reclamar la indemnización de daños y perjuicios con el concomitante cálculo del daño emergente y lucro cesante de probarse su procedencia. Estas prerrogativas están dadas en los artículos 1505 del Código Civil: *“en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”* y 1572 *ibidem*: *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”*. La procedencia de cada una de estas posibilidades según convengan al deudor, dependerá de la naturaleza del objeto de la obligación, si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer. El presente caso, versa por una obligación cuya fuente es el contrato de prestación de servicios musicales celebrado entre KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP y PROCASGAR, que por su tipo es bilateral, obligando, por tanto, recíprocamente a ambas partes. Así ha sido catalogado incluso por el Tribunal de instancia, a la hora de examinar la acción desde los efectos que genera el incumplimiento de estos contratos. No está en discusión entonces, la naturaleza de las obligaciones generadas a partir del contrato en mención, lo que interesa al examen de casación, en base de los cargos esgrimidos por la casacionista, es la negativa del Tribunal de apelación en conceder la demandada, bajo la consideración de que no se puede exigir la indemnización de daños perjuicios por incumplimiento de contrato sin demanda previa de resolución o de cumplimiento de contrato, conforme al artículo 1505 del Código Civil. En ese sentido, corresponde determinar el campo de regulación de la citada norma y su aplicabilidad a los presupuestos fácticos de la presente causa.

18.- Sobre la condición resolutoria: Como se señaló, el contrato es ley para las partes, conlleva a que debe ejecutarse de buena fe, los pactantes por efecto de la voluntad al

momento de celebrar un contrato, esperan que este se cumpla, ya que el deber ser de los contratos, es que las contraprestaciones se concreten, reluciendo el principio general “*pacta sunt servanda*” (lo pactado ha de cumplirse de buena fe); siendo un deber y responsabilidad de las partes, vinculadas por el acuerdo, que una vez nacido válidamente debe surtir efectos, pues al contrato no le basta con ser válido, requiere ser eficaz; y, si alguna de las partes no atiende al compromiso adquirido, el ordenamiento jurídico prevé como remedio, la facultad resolutoria o lo que es lo mismo, la condición resolutoria tácita (Artículo 1505 Código Civil), mal llamada “*condición resolutoria*”, pues no requiere pactarse como generalmente sucede con el resto de obligaciones (condicionales, suspensivas, modales y resolutorias ya aludidas donde la condición resolutoria es expresa) sino que es consecuencia propia del incumpliendo, que deja al arbitrio del contratante cumplido, el ejercer la acción de resolución o de cumplimiento en contra del incumplido, lo que se traduce en una facultad; pues si se tratase de una verdadera condición, cualquiera de las partes la podría ejercer, si así quisiere. Con esa disquisición, se tiene que la resolución, es “...*una facultad del acreedor, y no de una auténtica condición, ya que no se produce automáticamente sino por voluntad del acreedor, y no puede ser apreciada de oficio por el juez. Es una facultad que en los contratos sinalagmáticos no hace falta pactar, pues se encuentra implícita*”.⁵ Ante lo escueto de su configuración legal, su naturaleza, características, requisitos y efectos se han perfilado en la *opinio iuris* generalmente aceptada. El artículo 1505 *ibid.*, dispone que: “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios*”. De esto se tiene que el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños en ambos casos y que también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible; de forma que este derecho de opción facultativa, cesa al darse la elección entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, siendo ambos remedios (cumplimiento y resolución) incompatibles, al no poderse solicitar al mismo tiempo el cumplimiento y su resolución, pero nada se opone a tal petición si se hace en forma alternativa. En la especie, se tiene que el fallo sometido a estudio, dentro del Considerando Quinto, se expresa: “...*El derecho de la... accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato)...*”; pero el *Ad-quem*, no

⁵ Marín, Teresa, Reyes José y otros, “Derecho Civil II Obligaciones y Contratos”, 5ª Edición, pág. 140, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2021.

considera que para emprenderse la acción que distingue el artículo 1505, debe de reunir ciertos presupuestos, que se los aborda en el párrafo siguiente.

19.- Presupuestos para la resolución de contrato: La facultad resolutoria del contrato corresponde únicamente al acreedor, único que puede solicitar al juez la declaración de cumplimiento o la resolución del contrato, del ejercicio de esa facultad dependerá la decisión del juzgador, quien revisará si la conducta del presunto incumplido ha sido arbitraria y por tanto lesiva a los intereses del acreedor, correspondiendo su sanción e indemnización de daños y perjuicios. El éxito de la acción resolutoria tácita depende de la observancia de los siguientes presupuestos: **1)** la existencia y vigencia de un vínculo contractual; pues, solo cabe resolver un contrato existente y válido, capaz de producir efecto jurídico para que solo así pueda extinguirse en lo sucesivo; y el contrato no debe haberse consumado, ya que si ambas partes cumplen con sus respectivas obligaciones, no cabe resolverlo; en el caso examinado, dentro del Considerando Quinto aparece: “...*Comunicación de PROCASGAR a KAMADAYA sobre la resolución unilateral del contrato, emitida el 3 de agosto de 2017...*”, siendo una de las excepciones planteadas por la parte demandada la fuerza mayor, que como en varias partes la sentencia determina que dicha comunicación es de 3 de agosto de 2017 donde la demandada, indica a la hoy accionante que da por terminado el contrato, por cuanto la demandante “...*al haber cerrado otras dos fechas de conciertos dentro del mismo mes en las ciudades de Quito y Guayaquil, y, por tanto... “es imposible realizarse dos fechas del mismo artista en un periodo tan cercano”*”. En tal sentido... *procede a resolver el contrato de manera unilateral...*”, por lo que en el presente caso, se tiene que el contrato ya no ha estado vigente por una decisión unilateral dada a virtud como reza la sentencia que constaría en la cláusula Décima Octava del contrato objeto de la demanda que determina “...*El presente contrato podrá darse por terminado anticipadamente por cualquiera de las partes cuando se presente cualquiera de las siguientes circunstancias: (...) b) imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes (...)*”; por lo tanto este primer presupuesto no se encontraría satisfecho; **2)** la reciprocidad de las prestaciones; esta interdependencia obligacional, es ineludible, para exigir su resolución, si bien existe reciprocidad prestacional en el contrato, acorde al primer presupuesto descrito, al haberse terminado el contrato unilateralmente, ya no cabría este examen; **3)** la exigibilidad de las prestaciones, por cuanto la resolución sólo cabe cuando las prestaciones recíprocas de las partes, sean exigibles, por tanto no cabe resolver mientras la prestación no sea exigible, ya que no puede haber todavía incumplimiento; si el vínculo contractual se ha extinguido por cualquiera de las formas previstas en el contrato como sucede en la especie, ya no cabría tal exigibilidad; **4)** el incumplimiento grave por parte del demandado; grave, por cuanto no cualquier incumplimiento faculta para resolver; pues en principio, sólo cabe resolver por incumplimiento de obligaciones esenciales y no de las accesorias; el incumplimiento, ha de ser verdadero y propio, fatal, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedirla; en caso de retraso en el cumplimiento por causa imputable al deudor, habrá de considerar que el mero retraso, cuando la prestación prosigue siendo útil al acreedor, no es causa de resolución; en cambio, cuando tal retraso, determina una frustración del fin práctico

perseguido, procede la resolución cuando la tardanza evidencie una voluntad deliberada de incumplir; más, el mínimo retraso, como por ejemplo el de un día en un plazo de dos años, no faculta para resolver; tampoco se puede resolver un contrato ante supuestos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación o por fuerza mayor; pero para ello, debe tener rigor el contrato, sin su vigencia no puede existir incumplimiento; 5) el cumplimiento por parte de quien ejercita la acción; la acción resolutoria corresponde a quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, por lo que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante que, a su vez, incumple sus obligaciones; no puede hablarse de cumplimiento cuando para un contrato ha dejado de correr su existencia.

20.- Sobre la terminación del contrato: El Tribunal de apelación, en su sentencia indica que el actor ha demandado: “...que se *“declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales... celebrado el 14 de Julio de 2017... requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales y moratorios y las costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil lo siguiente: “la resolución o el cumplimiento del contrato” con indemnización de perjuicios...*”. Más, en el Considerando Cuarto del fallo, denominado “*LA ENUNCIACION BREVE DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA DEMANDA Y DEFENSA DE LA O DEL DEMANDADO*”, se hace constar, que: “...*el demandado, a través de su comunicación de 03 de Agosto de 2017 en la que da por terminado unilateralmente el contrato, indicaría que la decisión se da por cuanto EL ARTISTA habría resuelto dar otros conciertos en Guayaquil y Quito en fechas cercanas a los shows acordados con PROCARGAR... La terminación se amparó en un hecho que no estaba contemplado en el contrato, por tanto, no existía impedimento alguno para que EL ARTISTA contrate con terceros, puesto que no se acordó cláusula de exclusividad alguna...*”. Este último contenido resulta importante a la hora de determinar la procedencia de la demanda como ha sido planteada, pues si se alega que el contrato habría sido terminado unilateralmente por la empresa demandada, ya no se estaría ante un contrato vigente y si bien la declaración unilateral de resolución no sujeta en forma dirigida a la otra parte, no es menos cierto que por el acuerdo de voluntades las partes pueden establecer cláusulas de resolución del contrato y que, en atención a aquellas el contrato pueda resolverse de forma automática, a esto se le conoce como “*cláusula resolutoria expresa o resolución de pleno derecho*” y se reduce a la estipulación contractual, en virtud de la cual las partes acuerdan que el contrato será resuelto en caso de incumplimiento del deudor de alguna de las obligaciones contractuales;⁶ o como en el presente caso, como evidencia la sentencia en estudio, la cláusula Décima Octava del contrato objeto de la demanda en su letra b, determina como causa de terminación del contrato la “...*imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes...*”. Sin embargo, esto no obsta de

⁶ Pizarro Wilson, Las cláusulas resolutorias en el derecho civil chileno. Obtenido en:

https://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/clausulas_resolutorias_DerechoCivilchileno_CarlosPizarro.pdf

que el perjudicado con la terminación del contrato, acuda a los órganos jurisdiccionales para que examinen y sancionen su procedencia, determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada en los términos del contrato, pues por mandato legal, ninguna de las partes está en mora, dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo, lo cual es distinto al requerimiento de cumplimiento o resolución de contrato dispuesto en el artículo 1505 del Código Civil.

21.- La libertad de conclusión del contrato: Así como los seres vivos, nacen se desarrollan y mueren, también los contratos, siguen esas etapas en el plano jurídico; así el artículo 1583 del Código Civil, establece que las obligaciones se extinguen por “1. *Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo*; 2. *Por la solución o pago efectivo*; 3. *Por la novación*; 4. *Por la transacción*; 5. *Por la remisión*; 6. *Por la compensación*; 7. *Por la confusión*; 8. *Por la pérdida de la cosa que se debe*; 9. *Por la declaración de nulidad o por la rescisión*; 10. *Por el evento de la condición resolutoria*; y, 11. *Por la prescripción*”; conforme se aprecia la segunda forma de extinguir las obligaciones acota dos contenidos “...*solución o pago efectivo*”, la solución es su cumplimiento, que más pertenece a las formas modales de obligación; por otro lado la primera forma de extinguir las obligaciones determina por ese efecto de la convención de las partes, como en este caso, el contrato dentro de su cláusula Décimo Octava lo establece, la cual contiene un distracto, al ser una cláusula del “...*contrato [que] consiste en la extinción de las consecuencias jurídicas en él convenidas por el acaecimiento del llamado “hecho condicional resolutorio” ...o del denominado “cargo resolutorio” ...o del término del plazo resolutorio... Como se ve, en estas tres hipótesis hay una fijación de consecuencias por obra de los mismos agentes – salvo los casos de las denominadas “modalidades legales” –, pero éstos no han gravitado sobre la realización o no de los acontecimientos; en el distracto... las partes fijan los efectos y señalan, de ese modo, el acontecimiento que les pone fin, acontecimiento que no es otro que el mismo distracto...*”, como aparece en el fallo acusado que ante la “...*comunicación de 03 de Agosto de 2017 en la que da por terminado unilateralmente el contrato... la decisión se da por cuanto EL ARTISTA habría resuelto dar otros conciertos en Guayaquil y Quito en fechas cercanas a los shows acordados con PROCARGAR...*”. Con esto se priva las consecuencias del contrato, por efecto del numeral 1 del artículo 1583 del Código Civil, esto es la “...*convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo...*” y de esta forma que las partes contratantes en la cláusula Décimo Octava letra b, del contrato, convienen disponiendo de manera libre su voluntad de terminar el contrato ante la “...*imposible ejecución del objeto contractual por fuerza mayor o caso fortuito para una o ambas partes...*”; lo cual refleja el derecho de libertad contractual, “*libertad*” que se subdivide en dos órbitas: **a)** de conclusión; y, **b)** de configuración. Por lo que al tomar como parámetro esa “*libertad de conclusión*”, las partes son libres de celebrar o no un contrato y de escoger al contratante; así mismo, las partes tienen la libertad de extinguir el vínculo contractual, ya de forma unilateral o de común acuerdo (en ambos casos) asumiendo las consecuencias, por tal terminación, sea bajo amparo legal o convencional; lo cual constituye en sí la esencia del artículo 1561 del Código Civil, que dispone: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los*

contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y si dentro de las cláusulas contractuales, como sucede en la especie, éstas acuerdan formas de terminar unilateralmente el contrato, ya por la existencia de un hecho o cargo o plazo resolutorio, eso constituye ley para las partes; empero de ello, esto no trae como consecuencia la activación del remedio de la demanda de cumplimiento o de la resolución del contrato; sino más bien otra demanda encaminada a determinar si efectivamente se ha configurado o no el hecho o el cargo o el plazo resolutorio (según el caso), que en el supuesto de no existir, esa terminación unilateral, podría llegar a ser arbitraria, evento por el cual originaría derecho de exigibilidad de daños y perjuicios ya – como sucede en esta causa – por conclusión anómala, por carecer el acto de terminación unilateral, del suficiente o necesario presupuesto para su configuración convencional, originándose así el incumplimiento del contrato, conforme aparece del cuadro fáctico relucido en el Considerando Quinto de la sentencia acusada, que se ha demandado “...en juicio ordinario al señor Diego Garrido... por los derechos que representa en su calidad de Representante Legal de la compañía DEL CASTILLO, GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA.LTDA., para que en sentencia declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales... celebrado el 14 de Julio de 2017, suscrito entre KAMADAYA y PROCASAR (EL CONTRATO) y... se le condene al pago de los siguientes rubros: 1. El valor de la cláusula penal previsto en la cláusula Décimo Tercera de EL CONTRATO... y que constan en el Informe Pericial de 12 de Julio de 2018 adjuntado a la demanda. 2. El valor correspondiente a las indemnizaciones por daños y perjuicios por lucro cesante, causados a mi representada y que constan en el Informe Pericial de 12 de Julio de 2018 adjuntado a la demanda... 3. Los intereses legales y moratorios al máximo legal, según la tasa máxima de interés previsto por el Banco Central del Ecuador, calculados hasta la fecha efectiva de pago del valor demandado. 4. Las costas procesales en los que se servirá incluir los honorarios de mi abogado patrocinador...”, por lo que el incumplimiento de contrato, es lo que precisamente se ha demandado.

22.- El derecho a demandar el incumplimiento del contrato ya concluido: Como ya se ha precisado desde distintas órbitas, en la especie, el vínculo contractual terminó y ante tal terminación, compete verificar si al fenecer la relación jurídica si ya el objeto del contrato ha sido satisfecho, si ya por las circunstancias del caso (como en la especie) la terminación unilateral es adecuada y subsumible a sus propias cláusulas convencionales y a la ley, en fin. Por lo que resulta extraño que el Tribunal de apelación exija que la pretensión del accionante se encuadre en la acción resolutoria tácita del contrato conforme al artículo 1505 del Código Civil, cuando señala dentro del Considerando Quinto de su sentencia “...que requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de daños y perjuicios, los intereses legales y moratorios y las costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil...”; lo cual denota la falta de atención a la estipulación resolutoria expresa, constante en la cláusula Décima Octava letra b del contrato – clausula resolutoria – que en general puede ser y de manera particular (dentro de la especie) se encuentra incorporada al contrato por parte de los celebrantes, que lo han hecho en ejercicio de su libertad contractual, por la cual, están facultados también a establecer el objeto del contrato para determinar las formas en que este pueda

ser resuelto. Por ello, es un sin sentido, exigir que el acreedor opte por una de las acciones de la norma en mención (resolución o cumplimiento), ya que el contrato ha terminado por el previo acuerdo de voluntades, al pactar los contratantes formas por las que cualquiera de los dos partes o en conjunto, puedan tener la potestad de deslindarse de sus obligaciones, quedándole a la administración de justicia, en vista de la impugnación de incumpliendo del contrato ya concluido, la tarea de determinar si la relación contractual ha fenecido en los términos estipulados dentro del contrato objeto del juicio; o si por el contrario, la terminación unilateral ha sido arbitraria, al margen de lo convenido en el contrato, originando por tanto el derecho a exigir daños y perjuicios. Como la misma sentencia lo reseña, que el acto de proposición al sostener sus fundamentos de derecho indica que: “...*De la existencia de obligaciones entre las partes La presente demanda se ampara en los artículos 1454 y 1561 del Código Civil, a través de los cuales se determina la obligatoriedad del cumplimiento de los compromisos asumidos por las partes en un contrato...*”; artículo 1454 alusivo a que “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*”; ya que el catálogo de obligaciones como su mecanismo de operación y manera de comprometer a las partes, se describe en cada cláusula del contrato, que de no haberse cumplido, su antítesis es el incumplimiento; y así el artículo 1561 del Código invocado, reza: “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”, la ley privada, lograda por el consenso de voluntades (como toda ley) debe y tiene que acatarse, de lo contrario, al vulnerarse la ley para las partes, refleja un incumplimiento. Incumplimiento, que en el presente caso es distinto a aquel que surge durante la ejecución del objeto contractual (ello originaría una expresión de la mora); pues otro es el incumplimiento luego de fenecida la vigencia del contrato, siendo el pretendido como aparece en el cuadro fáctico de la sentencia en estudio.

23.- La disquisición entre incumplimiento durante la existencia del contrato y el incumplimiento ya fenecido el contrato: El Juez de apelación, para afirmar en el Considerando Quinto de su sentencia que “...*El derecho de la empresa accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato). Interpretando el alcance de la disposición del Art. 1505 del Código Civil, la jurisprudencia ecuatoriana, en forma unánime, ha sostenido que el demandante puede pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato y en cualquiera de estos casos con indemnización de perjuicios, de manera que cuando los daños y perjuicios tiene origen contractual no cabe demandar la reparación en forma independiente sin ejercer la acción principal...*”, de forma inapropiada, dice la sentencia en alusión que razona teniendo como antecedente el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia, referente a lo que dicha Corte ha dicho así: “...*para deducir la acción de daños*

y perjuicios el demandante debió hacerlo conjuntamente sea con la acción de resolución o con la de cumplimiento del contrato, más en ningún caso de manera independiente, pues estas son las acciones establecidas por la ley contra la parte que no cumple las obligaciones del contrato, esto es lo pactado, y la indemnización de daños y perjuicios deviene de la admisión de cualquiera de ellas... “ (GJS XIII, No. 5, p. 1008)... “...el contrato suscrito entre actores y demandado es un contrato bilateral, pues contiene obligaciones mutuas que deben cumplir los contratantes, por lo que está inmerso en el artículo 1532 citado (hoy 1505), que obliga al contratante, que por su parte ha cumplido con su obligación contractual, a pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Por tanto, la reparación de los daños causados por incumplimiento de contrato, esto es el pago de daños y perjuicios, no puede demandarse en forma independiente, como se lo hace en la especie, sino conjuntamente con las acciones propias del contrato, o sea para que éste quede sin efecto, o bien para exigir el cumplimiento. Se requiere, por tanto, para ejercitar la acción de indemnización de daños y perjuicios, que previamente la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios sea declarada mediante sentencia, por tratarse de la condición resolutoria tácita y, en consecuencia, se declare al deudor en mora...” (R. O. 272, 8 de septiembre de 1999, p. 23)...”, más el Tribunal de apelaciones, no toma en cuenta que dichos criterios tienen sentido cuando estando vigente el contrato, el acreedor en uso de su facultad resolutoria, activa a la administración de justicia, una vez que ha requerido y constituido en mora al deudor, cosa que no sucede en el presente caso, donde la peculiaridad es que la vida del pacto contractual ha fenecido, evento por el cual si opera la indemnización de daños y perjuicios, pues aquí al estar concluida la existencia del contrato, no existe mora que reclamar o determinar como tampoco un incumplimiento mientras está en marcha la ejecución contractual, marcha que se ha visto interrumpida por esa terminación unilateral del lazo convencional de las partes.

24.- Sobre la cláusula penal: En el contrato objeto de la demanda, dentro de sus cláusulas como catálogo de obligaciones, aparece dentro de la sentencia revisada que en su estipulación Décima Tercera, se estatuye una cláusula penal, cuyo texto es el siguiente: “Las Partes acuerdan como sanción pecuniaria a cargo de quien incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente documento, el pago de una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del total del contrato a favor de la parte cumplida o que se allane a cumplir. Dicho pago podrá ser exigido sin necesidad de requerimiento tendiente a constituirlo en mora. La presente cláusula penal es de carácter sancionatorio, razón por la cual cualquiera de Las Partes podrá reclamar los perjuicios causados por el incumplimiento que pueda demostrar”. Al respecto esta ley para las partes, se encuentra sometida a la declaración de la voluntad soberana, manifestada en la forma prescrita por la Constitución que manda, prohíbe o permite y que es obligatoria y de interés común, individualizada en el Código Civil, en cuyo artículo 1551, dispone que “Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento” (acusado de falta de aplicación), es alusiva a los eventos de “...no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”; en el presente caso el distracto, convenido en la cláusula

Décima Octava del contrato, solo en el caso de no ser arbitrario ocasiona que las partes por ese acuerdo se hayan desobligado a cumplir la obligación principal, al facultarse las partes ya de manera individual o conjunta a dar por terminada la relación contractual, por lo que, en el presente caso es apropiado el yerro de falta de aplicación señalado por el recurrente. Por otro lado, el artículo 1558, del Código invocado, estatuye que: *“Podrá exigirse la pena en cuantos casos se hubiere estipulado, sin que pueda alegar el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”* (acusado de falta de aplicación); al haberse extinguido las consecuencias jurídicas por el mecanismo de la convención estipulada dentro del contrato que da la potestad para que cualquiera de las partes unilateralmente termine el vínculo contractual, pero de manera legítima y no arbitraria para cesar las consecuencias de la pena, por ende, se aprecia la falta de aplicación del citado artículo 1558. Así también, el artículo 1559, del Código Civil, contiene el siguiente texto: *“No podrá pedirse a un tiempo la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”* (indulgado la falta de aplicación), refiere a otra regla sobre la cláusula penal, por lo que al haberse estipulado expresamente, se vislumbra falta de aplicación del artículo 1559 del Código Civil y puede demandarse en conjunto con la indemnización de daños y perjuicios.

25.- Sobre los yerros acusados de indebida aplicación del artículo 1505 y falta de aplicación del artículo 1572 del Código Civil: Por las razones expuestas en los párrafos precedentes, a partir del párrafo 14 al 24 incluido de esta sentencia, se establece que existe una indebida aplicación del artículo 1505 del Código Civil, cuyo texto legal distingue: *“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”*; pues dentro del Considerando Quinto del fallo impugnado, razona que se *“...demanda que se “declare el incumplimiento por parte del demandado del contrato de prestación de servicios musicales...”, por lo que requiere se condene al pago de la cláusula penal, a la indemnización de daños y perjuicios... intereses legales y moratorios y... costas procesales, sin demandar como lo dispone el Art. 1505 del Código Civil... “la resolución o el cumplimiento del contrato” con indemnización de perjuicios, por lo que el Tribunal no tiene otra opción que examinar los presupuestos de la acción desde los efectos que nacen de los contratos bilaterales, puesto que puede cambiar la estructura misma de la pretensión y tratarla como acción de restitución. La disposición general del artículo 1505... señala que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios... No obstante en la demanda la pretensión del actor consiste en el incumplimiento de contrato, con el pago de indemnización de daños y otros rubros, en ninguno de los numerales que contiene el petitum... se demanda el cumplimiento o la resolución del contrato. El derecho de la... accionante que sostiene que se incumplió el contrato, conllevando al pago de varios rubros entre ellos, la indemnización por daños y perjuicios, era optar por reclamar el cumplimiento o la resolución del contrato pero no pedir, únicamente, el incumplimiento con la*

*indemnización de daños y perjuicios, porque esta es una pretensión accesoria. El argumento que lleva a concluir que la petición no está adecuada al derecho que la compañía actora dice tener, consiste en que pretende el pago de una indemnización de daños y perjuicios (incumplimiento contractual), sin proponer la acción principal (la resolución o cumplimiento del contrato). Interpretando el alcance... del Art. 1505 del Código Civil, la jurisprudencia ecuatoriana, en forma unánime, ha sostenido que el demandante puede pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato y en cualquiera de estos casos con indemnización de perjuicios, de manera que cuando los daños y perjuicios tiene origen contractual no cabe demandar la reparación en forma independiente sin ejercer la acción principal... En conclusión la demanda para obtener la indemnización de perjuicios sin ejercer la acción principal de resolución o cumplimiento de contrato, aplicando la ley y la jurisprudencia... es improcedente, por lo que, habiéndose omitido un presupuesto material, no es preciso analizar la prueba producida...”; yerro patente por cuanto el artículo 1505 del Código Civil, no es el apropiado para solucionar el problema jurídico, pues al haberse demandado el incumplimiento de un contrato cuyos efectos jurídicos ya han cesado, de ninguna manera es accesorio a la demanda de incumplimiento si ya han concluido sus efectos jurídicos como tampoco es resoluble si ya ha sido resuelto a virtud de estipulación voluntaria de las partes dentro del pacto contractual que ha previsto formas de conclusión unilateral como sucede en la especie. El artículo 1505, soluciona un problema jurídico ante el evento de que el vínculo contractual no haya fenecido; por ello en la petitum, los fundamentos de derecho, se constriñen a los artículos 1454 y 1561 del Código Civil; denotándose la falta de aplicación del artículo 1572, del mismo cuerpo jurídico, que dice: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”; norma que determina tres opcionalidades: **a)** el no haberse cumplido la obligación; **b)** el haberse cumplido imperfectamente; **c)** el haberse retardado el cumplimiento; esta última, solo es posible si el contrato se encuentra con vida jurídica; y los dos primeros supuestos son indistintos si tiene vida jurídica o no el contrato o convención. En esta irrefragable razón, la sentencia es casable por los yerros individualizados en el caso cinco del artículo 268 del COGEP, por los vicios de indebida aplicación del artículo 1505 y falta de aplicación del artículo 1551, 1558, 1559 y 1572 (todos) del Código Civil.*

26.- Sobre la acusación de los casos dos y tres del artículo 268 del COGEP: Conforme a lo estudiado, este Tribunal subsume el yerro casacional al caso cinco del artículo 268 del COGEP, conforme se caracteriza en el párrafo anterior. Si bien, en el ámbito jurisdiccional, entregar un fallo en Derecho por lo discutido, es esencial y trascendente; pues, así se otorga lo que a cada parte le corresponde, por medio del servicio público, básico y fundamental prestado por la Función Judicial, que cimenta la confianza democrática y el respeto a las inmanencias; por ello, si la decisión judicial, ya explícita o implícitamente, dota de elementos sensatos precisos al conocimiento de los litigantes y dispuestos a la posible revisión de los órganos destinados a evaluar el contenido jurídico de la decisión, faculta comprobar si contiene una aplicación lícita y razonada del orden jurídico, verificar si atiende a la súplica procesal y confirmar las razones justificantes

cercanas o lejanas. Si ello es imposible, habrá violación sancionable, por haberse dejado de realizar la justicia, sin que esto implique prerrogativa de acierto judicial a la pretensión, al seleccionar, interpretar y aplicar la Ley. Comprende entre otros tópicos, el entregar un fallo apropiado, expresivo de elementos, motivos y criterios jurídicos, solventes en derecho; e, instrumentado con legalidad, en evidente armonía de los sustentos jurídicos o entre estos y el fallo, sin aparentar mera legalidad. La Corte Constitucional, con sus sentencias, ha diseñado estándares o pautas de análisis de la motivación; pero a su vez dicha Corte, ha señalado que “...cuando a un órgano jurisdiccional le compete establecer si, en un caso concreto, se ha vulnerado la... motivación, aquel no tiene el deber de usar ninguna “lista de control” con la que auditar la... motivación... lo que el órgano jurisdiccional habrá de examinar es si... se incumplió o no la... motivación por las razones... esgrimidas por el cargo formulado por la parte procesal...”⁷; y así, la Corte Constitucional, entrega otra guía de pautas desde su jurisprudencia, abiertas a futuros desarrollos; siendo notoria su boga en lo jurisdiccional, como fue también, el anterior test motivacional. Por ello, esta Corte Nacional expresada a través de esta Sala especializada, como los demás órganos jurisdiccionales, sin alejarse de tales pautas, no necesariamente está sujeta a ese delineamiento, por ser referencial, conforme las razones expuestas; pues el examen motivacional, trasciende según el caso concreto, siendo ineludible, analizar en lo jurisdiccional, si el fallo es producto de la aplicación razonada de la ley, carece de arbitrariedad, atiende al planteamiento procesal y si su texto tiene razones próximas o remotas justificantes, discernientes, expresivas de elementos y motivos de juicio, con criterios jurídicos específicos, apropiados a lo discutido; con legalidad, efectiva razón, sin yerro patente en sus fundamentos jurídicos y lo decidido, sin apariencia de mera legalidad. Debiendo autosustentar, su irrefutable fuerza en las normas aplicables al caso. Es un deber que evita que el fallo sea insatisfactorio o contrario a derecho y a la tutela judicial efectiva. En el presente caso los yerros descritos en el párrafo anterior, resultan trascendentes, pues influyen en la decisión de la causa e impactan al razonamiento judicial de manera directa, por lo que más que revisar la motivación, es pertinente corregir los yerros legales que han trascendido en la decisión de la causa; así también por el caso tres del artículo 268 del COGEP, frente a los evidentes yerros, resulta inapropiado para la corrección de la sentencia, por lo que se rechaza la casación por los casos dos y tres del COGEP.

27.- en aplicación del artículo 273 del COGEP numeral 3, se pasa a dictar sentencia meritoria, dejando sentado que la acción planteada procede, conforme los razonamientos previamente esgrimidos.

PRONUNCIAMIENTO DE LO QUE CORRESPONDE

28.- Fundamentos de la demanda y su contestación: a) El actor, Abg. Pablo Daniel Solines Moreno, como Procurador Judicial de la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, demanda a la compañía DEL CASTILLO, GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CÍA. LTDA., representada por su Gerente General el señor Diego Mauricio Garrido Villagómez. Señalando que, KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, es una sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica, cuyo objeto social principal es prestar servicios

⁷ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación)

inherentes a la industria de la música, que tiene los derechos de representación y explotación de imagen y derechos patrimoniales conexos del músico colombiano Sebastián Obando Giraldo, con nombre artístico Sebastián Yatra. El 14 de Julio de 2017, la compañía demandada, por medio de la agencia intermediaria BLACK AGENCY, representada por Steven Sierra Gallego, contrató los servicios del él artista, para que se presente en los espectáculos musicales, en formato full banda, con actuaciones de 60 minutos, conforme al contrato de prestación de servicios musicales No. 1245 de 2017. Para la ejecución de dicho contrato, la demandada se obligó a pagar a la demandante la cantidad de \$ 32,000.00, libres de impuestos, transferencias, viáticos y demás gastos. De este valor, la demandada debía pagar el 50%, a la suscripción del contrato y el saldo restante hasta el 21 de octubre de 2017. Más sorprendentemente y de forma abrupta, el 3 de agosto de 2017, el señor Diego Garrido envió una comunicación por la cual, da por terminado el contrato, incumpliendo con los compromisos adquiridos en el mismo; por lo que fundamenta su demanda en los artículos 1454, 1561, 1505, 1510, 1551, 1559, 1561, 1572 del Código Civil y solicita, que en sentencia se declare el incumplimiento de la demandada del contrato de servicios musicales, se la condene al pago del valor de la cláusula penal, más la indemnización por daños y perjuicios por el lucro cesante, así como el de los intereses legales y de mora, las costas procesales, incluyendo los honorarios del abogado patrocinador. **b)** Admitida la causa a trámite mediante auto de sustanciación de 24 de julio de 2018, se ha dispuesto citar a la compañía demandada, que comparece contestando la demanda, representada por su Gerente General Diego Garrido Villagómez, quien formula las siguientes excepciones: 1) falta de legitimación en la causa y falta de derecho del actor; 2) error en la forma de proponer la demanda e improcedencia; 3) inexistencia del contrato; y, 4) fuerza mayor.

28.1.- En la Audiencia Preliminar, se inadmiten las excepciones previas y se fija el siguiente objeto de la controversia: la declaración del incumplimiento de la compañía PROCASGAR CIA, LTDA del contrato de servicios musicales, con la condena al pago de la cláusula penal e indemnización de daños y perjuicios por lucro cesante, más intereses legales y de mora con costas procesales. La compañía demandada, pide que se rechace la demanda, alegando no tener responsabilidad civil por la terminación anticipada del contrato por haber operado la cláusula de fuerza mayor, determinada en la letra b, de la Cláusula Décimo Octava del contrato. Practicada la Audiencia de Juicio, el Juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Iñaquito, resuelve declarar con lugar la demanda, ordenando la resolución del contrato, el pago de la cláusula penal por \$ 9,600.00; niega la indemnización de daños y perjuicios, por considerar que no se encontraban justificados.

28.2.- Inconforme con parte de la decisión del Juez a quo, la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, formula recurso de apelación, exigiendo se condene a la demandada al pago de daños y perjuicios, así como los intereses de la cláusula penal, por estar debidamente probados. Concomitantemente, la demandada PROCASGAR CIA, LTD, propone apelación, con efecto diferido de las excepciones previas de falta de legitimación en la causa de la parte accionada y error en la forma de proponer la demanda y respecto a la decisión de fondo, pide que se niegue la demanda, ya que habría sido un hecho de fuerza mayor que ocasionó la terminación anticipada del contrato, por la

contratación del artista Sebastián Yatra por otro promotor para presentarse en Guayaquil y Quito los días 5 y 6 de octubre de 2017, hecho que impedía el éxito económico de las fechas para las cuales PROCASGAR lo contrató, causal que dice es suficiente para justiciar la terminación del contrato, conforme la cláusula Décimo Octava, letra b). Además, pide se declare la nulidad por incompetencia, por cuanto el contrato no estaría sometido a la jurisdicción ecuatoriana sino a la colombiana.

28.3.- Respecto al pedido de nulidad por falta de competencia, este se niega, revisado el contrato objeto de la controversia en la Cláusula Décimo Séptima, las partes han acordado que los conflictos que surjan del contrato, se resolverán con la jurisdicción ordinaria colombiana o la competente en el país ecuatoriano. Así mismo, en la Cláusula Décimo Novena, señalan que el contrato se regirá, interpretará y ejecutará conforme a la legislación de Colombia, sin perjuicio de que las partes inicien las acciones pertinentes en el país de la otra parte. Respecto a la excepción previa de falta de legitimación de la actora, por falta de documento que acredite representación de la actora respecto al artista, se niega, ya que el contrato endilgado, celebrado por Kamadaya Entertainment CORP, representada por Roberto Andrade y PROCASGAR LTDA representada por Diego Garrido, siendo estas las personas jurídicas que constituyen la legitimación activa y pasiva de este proceso, por lo que no se advierte razón para admitir la excepción planteada. Por último, se niega la excepción de error en la forma de proponer la demanda, ya que el contrato se encuentra autenticado por autoridad notarial, el cual no requiere las solemnidades del artículo 201 del COGEP por tratarse de documento privado.

28.4.- Acorde al artículo 169 del COGEP, es obligación de la actora presentar prueba de cargo a su petición y de la demanda prueba de descargo, en el caso de la prueba admitida y practicada, se tiene como hechos probados los que siguen: Que la compañía actora KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP y la demandada PROCASGAR LTDA, celebraron un contrato de prestación de servicios musicales, el 14 de julio de 2017. Cuyo objeto era la prestación de los servicios artísticos de Sebastián Yatra, en dos shows en Quito y Guayaquil los días 26 y 28 de octubre del año 2017; por un valor de \$ 32,000.00, pagaderos en un cincuenta por ciento a la fecha de suscripción del contrato y el resto hasta el 21 de octubre de 2017; conforme se desprende de dicho contrato, así como de la declaración de parte del señor Diego Garrido. Que el 3 de agosto de 2017, el señor Diego Garrido, comunica al señor Steven Sierra, quien era su nexa con la compañía KAMADAYA, su decisión de rescindir el contrato por razones fuerza mayor, dada que la decisión del artista, de vender las fechas 5 y 6 de octubre en Quito y Guayaquil que les perjudicaría económicamente, conforme se desprende de dicha comunicación. Que la demandada no cumplió con el pago del anticipo del cincuenta por ciento del valor del contrato.

29.- Con estas presiones, este Tribunal considera que efectivamente se ha configurado el incumpliendo por parte de la empresa demandada, quien arbitrariamente dio por terminado el contrato, sin que se encuentre justificada la causa de fuerza mayor en el presunto compromiso del artista en fechas cercanas a las pactadas en el contrato, dado que la fuerza mayor como eximente de la responsabilidad civil, al tenor del artículo 30 del Código Civil, se traduce en el imprevisto a que no es posible resistir, su configuración exige por tanto: **1)** Que el hecho sea *"imprevisible"*: cuando el hecho no solo no fue

previsto, sino que tampoco pudo haberlo sido; 2) “*Inevitable*”: que el hecho no haya podido ser evitado; y 3) “*Ajeno*”: el hecho no se puede constituir en el riesgo propio de la cosa o de la actividad desplegada por el responsable⁸. Elementos que no han concurrido en el caso, pues por el giro de negocio de la demandada, conocía que la falta de cláusula de exclusividad con el artista, lo dejaba habilitado para contratar con terceros, además de que bien pudo evitar el perjuicio, accediendo a cambiar las fechas del evento, como ofreció la actora y conforme consta a fojas 131-134. Tampoco se observa que el hecho que se dice constituyó fuerza mayor, sea ajeno al riesgo propio que el contratista asume en los términos del contrato, dado que por la falta de cláusula de exclusividad PROCASGAR asumió como riesgo propio de su actividad, la posibilidad de que el artista presente otros shows en las mismas ciudades y en fechas cercanas. La terminación unilateral del contrato por parte de la demandada, es por tanto arbitraria, atentatoria a los intereses económicos de la actora, constituye un hecho dañoso, lo que justifica el nexo causal que genera responsabilidad civil por daño a la accionada PROCASGAR.

30.- Conforme al análisis efectuado, del párrafo 14 al 25 de esta sentencia, corresponde al actor ser indemnizado por daños y perjuicios, al tenor del artículo 1572 del Código Civil, en el concepto de lucro cesante que ha sido objeto de la demanda del actor, que se justifica en el precio del contrato que dejó de percibir, al no haber cumplido con sus obligaciones la parte demandada y en los términos del contrato por así haberlo estipulado las partes, en la cláusula Décimo Tercera, acerca de la cláusula penal: “*Las partes acuerdan como sanción pecuniaria a cargo de quien incumpla cualquiera de las obligaciones establecidas en el presente documento, el pago de una suma equivalente al treinta por ciento (30%) del valor del total del contrato a favor de la parte cumplida o que se allane a cumplir. Dicho pago podrá ser exigido sin necesidad de requerimiento tendiente a constituirlo en mora. La presente clausula penal es de carácter sancionatorio, razón por la cual cualquiera de Las Partes podrá reclamar los perjuicios causados por el incumplimiento que pueda demostrar.*” Es también derecho del accionante, el cobro de la cláusula penal, de conformidad con el artículo 1559 *ibídem*.

Razón para decidir (Ratio decidendi)

31.- Las obligaciones cual vínculo o relación jurídica, compuesta de una situación y necesidad, que atan la libertad por circunstancias, donde dos o más, se sujetan a cumplir y adquirir derechos exigiendo ciertas prestaciones, para que el obligado procure un bien o beneficio, dando una cosa, haciendo o dejando de hacer, exigiendo tal satisfacción; se componen por el acreedor, deudor y la prestación; su licitud le da existencia, posibilidad de realización y de determinación. Nacen por concurso real de voluntades de dos o más personas (contrato o convención); de un hecho voluntario del que se obliga (cuasicontrato); por inferir injuria o daño a otro (delito y cuasidelito); y, por la ley. El contrato, acto por el cual, una parte se obliga con otra a dar, hacer o dejar de hacer algo; prima el consenso de voluntades y el consentimiento data la intención y límite de la obligación contraída. Esta declaración de voluntad denota el alcance y efecto de la satisfacción o incumplimiento contractual y su consecuencia; debe acatarse en estricto

⁸ Krieger Walter, Julian Jalil. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Astrea. Buenos Aires. 2021

inmediato, siendo mayoritariamente puras y simples y en ocasiones con modalidades (condicionales, suspensivas, resolutorias, modales, etc.) caracterizándose por ser expresa la resolución por incumplimiento, diferente a la condición resolutoria tácita o implícita contractual. La obligación, contiene el derecho a exigir el cumplimiento a cargo del deudor de garantizar al acreedor su realización; la ley regla sus parámetros de exigibilidad y la voluntad, sus alcances; así los contratos son auténtica ley, se invalidan solo por el consentimiento o la ley; si se incumplen o cumplen imperfectamente o se retarda su cumplimiento, el acreedor puede demandar su cumplimiento forzoso o la resolución y pedir los daños y perjuicios, con el daño emergente y lucro cesante de ser procedente; siendo una potestad alternativa. Los contratos se han de ejecutar de buena fe, al celebrarse traen la expectativa de su cometido y concreción; es un deber y responsabilidad de los pactantes, que al nacer válido debe ser eficaz y, si se lo desatiende, vierte la facultad resolutoria tácita, mal llamada “*condición resolutoria*”, sin requerir pacto como las obligaciones condicionales, modales u otras, cuya condición resolutoria es expresa; más la resolución tácita, surge del incumpliendo, teniendo libertad el contratante cumplido, de exigir la resolución o el cumplimiento contra el incumplido; es una facultad del acreedor, inequivalente a la auténtica condición, ejercida por voluntad del acreedor, sin que el juez pueda ordenarla de oficio; de su ejercicio, depende el fallo judicial, que establecerá si lo incumplido ha sido arbitrario y lesivo a intereses del acreedor. Sus presupuestos son: 1) existencia y vigor de vínculo contractual; 2) reciprocidad de prestaciones; 3) exigibilidad prestacional; 4) incumplimiento grave del demandado; y, 5) cumplimiento del que ejercita la acción. Si el contrato termina unilateralmente, pierde vigencia, por pacto voluntario, las partes pueden estipular la resolución contractual o “*cláusula resolutoria expresa o resolución de pleno derecho*”, siendo un acuerdo de resolver el contrato por alguna causa o evento; sin limitar al perjudicado de esta terminación, para exigir su examen y juicio de procedencia correcta o inadecuada; pues nadie está en mora, si incumple lo pactado al igual que el otro, ya en forma o tiempo; siendo distinto al requerimiento de cumplimiento o resolución contractual cuando tiene rigor un contrato; pues estos surgen, se desarrollan y cesan; se extinguen entre otros factores, por convención de las partes como por solución o pago efectivo; la solución atiende a las formas modales de obligación; mientras que la convención, como modo extintivo, tiene formas variadas como el distracto, cual estipulación que extingue las consecuencias jurídicas por un hecho o cargo o plazo resolutorio, al fijar consecuencias ya por obra de las partes a excepción de las modalidades legales de obligación, sin pesar al realizarse, pues el pacto describe los efectos y señala al evento que termina la relación jurídica, privando las consecuencias del contrato, por el derecho de libertad contractual de conclusión y de configuración; en el primero, las partes son libres de celebrar y escoger al contratante, de extinguir el vínculo unilateralmente o en conjunto, asumiendo las consecuencias, por fuerza legal o convencional; pues, los contratos se invalidan por mutuo consentimiento o por la ley; si en el contrato, se acuerdan formas de terminarlo unilateralmente, ante un evento, es ineludible e incompatible para demandar el cumplimiento o resolución; siendo lo apropiado requerir que se determine si se configuran los aspectos del evento; que de inexistir, tal terminación unilateral, podría ser arbitraria, originando el derecho a exigir daños y perjuicios, por esa anomalía.

32.- Fácil comprensión: Si un contrato con obligaciones recíprocas entre las partes, ha concluido por clausula resolutoria expresa, es improcedente demandar el cumplimiento o resolución del contrato; cabe proponer el incumplimiento para verificar la licitud o ilicitud de la terminación y de ser procedente sancionar con la indemnización de daños (emergente y lucro cesante) y perjuicios, más las penalidades accesorias de haber estipulación expresa.

VI. DECISIÓN

33.- Por lo tanto, ejerciendo la facultad casacional esta Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, decide:

33.1.- Rechazando los casos dos y tres, aceptar el recurso de casación interpuesto por el caso quinto del artículo 268 del COGEP y casar la sentencia dictada por el Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha, de 11 de julio del 2019, dentro de la causa ordinaria seguida por por la compañía KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP, Procurador Judicial Ab. Pablo Daniel Solines Moreno en contra de la compañía DEL CASTILLO GARRIDO PRODUCCIONES PROCASGAR CIA. LTDA, Gerente General el señor Diego Mauricio Garrido Villagómez.

33.2.- Se reforma la sentencia de primer nivel ordenándose pagar a la parte demandada por concepto de lucro cesante a favor de la actora, el precio del contrato que asciende a **TREINTA Y DOS MIL DOLARES (\$32,000.00)** como condena a los daños y perjuicios causados; más los intereses, desde la fecha de la citación con la demanda, a la tasa de interés aplicable establecida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera del Banco Central del Ecuador, como tasa de interés referencial para las operaciones comerciales ordinarias. Así como el pago de la cláusula penal que corresponde al 30% del valor del contrato. Sin intereses de mora; con costas a favor de KAMADAYA ENTERTAINMENT CORP; en consecuencia y de conformidad con la letra b, del artículo 42 de la Ley de Federación de Abogados, se regulan los honorarios de la defensa técnica de la actora en el 10% de los valores ordenados a pagarse, para lo cual deberá presentar la factura legal autorizada por el Servicio de Rentas Internas, en la fase de ejecución de la sentencia ejecutoriada, que el órgano jurisdiccional *a-quo*, competente lo requerirá oportunamente.

33.3.- Devolver los expedientes de instancia para la ejecución de la sentencia, con la razón de ejecutoría de esta resolución y los demás requisitos de estilo, para los fines de ley.

Notifíquese y cúmplase.-

**DR. WILMAN TERÁN CARRILLO
JUEZ NACIONAL PONENTE (E)**

DR. DAVID JACHO CHICAIZA
JUEZ NACIONAL

DR. ROBERTO GUZMAN CASTAÑEDA
JUEZ NACIONAL