



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La existencia de la cláusula penal por la inclusión obligatoria de multas en los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: De la Torre Ribadeneira, Luis Esteban

DIRECTOR: Burneo Valdivieso, Julián Mauricio, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO QUITO

2014



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Abril, 2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor.

Julián Mauricio Burneo Valdivieso

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: "La existencia de la cláusula penal por la inclusión obligatoria de multas en los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública" realizado por Luis Esteban de la Torre Ribadeneira, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Octubre de 2014

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“ Yo, Luis Esteban de la Torre Ribadeneira declaro ser autor (a) del presente trabajo de fin de maestría: La existencia de la cláusula penal por la inclusión obligatoria de multas en los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de la Titulación de Magíster en Derecho Administrativo, siendo Julián Mauricio Burneo Valdivieso director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Autor Luis Esteban de la Torre Ribadeneira.

Cédula 1712132032

AGRADECIMIENTO

A mi padre por su sabio consejo e incesante apoyo a lo largo de la vida.

Índice de contenidos	
Certificación del director	II
Autoría	III
Cesión de los derechos	IV
Agradecimiento	V
Índice de Contenidos	VI
Resumen	VIII
Introducción	1
CAPÍTULO I	
NOCIÓN TEÓRICA DE LAS OBLIGACIONES	
1.1 Breve noción general de las obligaciones	3
1.1.1 Concepto de Obligación	3
1.1.2 Caracteres de la Obligación	4
1.1.3 Elementos de la obligación	4
1.1.4 Fuentes de las Obligaciones	6
1.1.5 Clasificación de las obligaciones	7
1.1.6 Modos de extinguir las obligaciones	19
CAPÍTULO II	
NOCIÓN TEÓRICA DE LOS CONTRATOS.	
2.1. Breve noción general de los contratos	23
2.1.1. Concepto	23
2.1.2 Elementos de Validez de los contratos	23
2.1.3 Clasificación de los Contratos	24
2.1.3.1 Contratos Civiles	24
2.1.3.2. Contratos Administrativos	26
CAPÍTULO III	
NOCIÓN TEÓRICA DE LAS CAUCIONES	
3.1 Noción teórica de las cauciones	32
3.1.1 Breve noción general de las cauciones en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo	33

3.2 Régimen de garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	53
3.2.1 Las garantías en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	53
3.2.2 Las multas, de introducción obligatoria, como garantía no prevista como tal en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Análisis, Supuestos y Efectos	55
3.2.3 Formas de otorgamiento de las garantías	55
3.2.4 De las excepciones	57
CAPITULO IV	
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
4.1 Conclusiones	59
4.2 Recomendaciones	59
4.3 Propuesta Jurídica para la reforma del capítulo II y III del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	60
BIBLIOGRAFÍA	63

RESUMEN

El presente trabajo sustenta jurídicamente la necesidad de realizar una reforma a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, que ubique y caracterice adecuadamente a la cláusula penal, dispuesta como multas en la Ley, como un garantía de cumplimiento de los plazos previstos en los contratos para las obligaciones en ellos asumidos, incorporándose al capítulo III de la citada norma referido al régimen de garantías.

El tema propuesto y su contexto requirieron la utilización de conceptos fundamentales del derecho civil, particularmente de la teoría de las obligaciones y de la de los contratos; así como el desarrollo de las teorías anotadas en el establecimiento de las obligaciones contractuales en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Situadas las cauciones como obligaciones accesorias se desarrolló el marco teórico de las mismas y de la cláusula penal como una de ellas y la relación de todos estos conceptos con el Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano.

Con lo señalado se arribó a la solución del problema de su inadecuado tratamiento y ubicación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Palabras clave: cauciones, cláusula penal, obligaciones a plazo, contratos públicos.

ABSTRACT

This work provides legal underpinning to the need to amend the Law on the National System of Public Procurement, in order to situate and define the penalty clause appropriately, with fines provided for in the Act, as a guarantee of compliance with the deadlines in contracts regarding the obligations assumed therein, to be included in Chapter III of this regulation that refers to a guarantees scheme.

The proposed topic and its context involved the use of basic civil law concepts, particularly the theory of obligations and contracts; as well as the development of the theories listed in the establishment of contractual obligations in the National System of Public Procurement.

After establishing sureties as ancillary obligations, a theoretical framework was developed in their regard, including penalty clauses and the relationship of all of these concepts to the Ecuadorian National Procurement System.

In this manner, a solution was found to the problem of the matter's inappropriate treatment and location in the Statutory Law of the National System of Public Procurement.

Keywords: Guarantees, Penalty clause, Term Liabilities, Public contracts, Public procurement.

INTRODUCCIÓN

El Estado para el cumplimiento de sus fines y por ende la satisfacción de las necesidades públicas, requiere, en general, de la adquisición o arrendamiento de bienes, de servicios incluidos los denominados de consultoría, así como, de la construcción de obras para su uso o para el uso de los administrados. Para la satisfacción de esta necesidad el Estado requiere poner en práctica distintos procesos contractuales que deben estar adecuadamente regulados a fin de que sean efectivos para proveer al Estado del bien, obra o servicios requeridos y a la vez sean eficientes para maximizar y precautelar los recursos públicos.

Una vez desarrollado el proceso y realizada la adjudicación correspondiente, el Estado requiere garantizarse que las obligaciones que asume el contratista serán cumplidas de forma adecuada y en los plazos que se hayan estipulado en los pliegos y posteriormente en el contrato. De no contar el Estado con un eficiente régimen de garantías aplicable a sus procedimientos de contratación pública, originarían en muchos casos, la pérdida de recursos públicos y la insatisfacción de las necesidades del Estado para cumplir con sus fines.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente y publicada en el Registro Oficial (Suplemento) No. 395 de 4 de agosto de 2008, y sus reformas, han establecido un sistema coordinado y articulado, que sin duda ha mejorado y facilitado la contratación pública, estableciéndose un organismo responsable de articular esta actividad contractual del Estado y estableciendo procedimientos más ágiles y seguros como lo son las compras por catálogo o la subasta inversa.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha establecido un capítulo dentro de su Título IV “DE LOS CONTRATOS” un capítulo referido a las garantías, que comprende la totalidad de cauciones o garantías que avalan el cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los contratos que celebra el Estado Ecuatoriano con los particulares o con otras entidades del mismo.

Dentro del capítulo correspondiente a las garantías, no se ha incorporado una garantía para el cumplimiento de los plazos en que las obligaciones asumidas por el contratista deben ser cumplidas; sin embargo, la Ley ha dispuesto en el capítulo II, del título antes citado, la inclusión, en los contratos que celebra el Estado, de penalidades para avalar el

cumplimiento de determinadas obligaciones, es decir, la inclusión de una cláusula penal (multas) la que por su naturaleza y esencia es una caución.

Esta situación lleva a considerar si las multas de inclusión obligatoria, que son como se afirma anteriormente una caución, deben estar establecidas, delimitadas y reguladas en el capítulo de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que trata del régimen de garantías y no en lo correspondiente al capítulo referido a los requisitos y forma de los contratos como está actualmente incluida en la Ley; pues las referidas multas deben ser tratadas como garantía, es decir como obligación accesoria y no como obligación principal como podría entenderse de la ubicación y tratamiento que le da la ley vigente.

El presente trabajo sustenta jurídicamente un proyecto de reforma del capítulo III “De las garantías” del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la inclusión de la multa de obligatoria estipulación en los contratos que celebra el Estado como cláusula penal, mediante el análisis jurídico de las obligaciones, los contratos y las cauciones y en especial de la cláusula penal.

CAPÍTULO I

NOCIÓN TEÓRICA DE LAS OBLIGACIONES

1.1 Breve noción general de las obligaciones.

Siendo la noción de la obligación fundamental en el derecho civil, es necesario comprender la misma, sus elementos constitutivos así como sus fuentes, su clasificación y de los modos para extinguirlas.

1.1.1 Concepto de Obligación.

Castan (citado por Arnau, 2008/2009) indica que etimológicamente obligación viene de la palabra latina obligatio, y esta, de obligare (de ob, alrededor, y ligare, ligar o atar). Significa, pues, ligadura, sujeción física, y por traslación al lenguaje jurídico, sujeción moral”

Justiniano (citado por Reyes, 2012) las definió como “la obligación es un vínculo jurídico por el cual somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad (obligatio est iurus vinculum, quo necessest adstringimur alicuius solcendae rei, secundum nostrae civitatis iura)”

Es importante notar que el concepto de Justiniano sigue aún vigente; “Si comparamos esta definición¹ con lo que ordena el código civil portugués de 1967-quizás el código civil más moderno-cuando en su artículo 393 señala: obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona queda sujeta para con otra a la realización de una prestación, (...) la definición más moderna del siglo XX coincide con la definición que se utilizaba en el Derecho Romano” (Ordoqui,1998, p.90)

Alessandri (1983) afirma:

El hombre tiene necesidades de diversa índole que debe satisfacer, para cuyo objeto necesita de las cosas del mundo exterior que le rodean. Estas cosas, como la utilidad que ellas son susceptibles de procurarle, puede obtenerse, o bien apropiándose directamente de las cosas, o bien, extrayendo las utilidades que las cosas son susceptibles de producir, o bien, cuando esto no es posible, obligando a otros individuos a que le proporcionen estas cosas o esas utilidades. (p.6)

Partiendo de esta premisa, La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa respecto de otra, también determinada, o bien puede definirse: es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, que coloca a una de ellas en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa respecto a otra. (Alessandri, 1983, p.9)

¹ Se refiere a la definición de Justiniano antes señalada.

1.1.2 Caracteres de la Obligación.

1º) Es un vínculo, es decir, es un lazo o una relación que se establece entre dos personas en virtud de la cual una de ellas limita su libertad a favor de la otra.

2º) Se dice, en seguida, que es un vínculo jurídico, para dejar establecido que no es un vínculo material, sino abstracto, pero un vínculo sancionado por la ley, en lo cual se diferencia de la moral.

3º) Se dice que este vínculo jurídico coloca a una persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, para manifestar así, que el deudor está colocado en la imposibilidad absoluta de poder desligarse del vínculo por su exclusiva voluntad, mientras no cumpla lo debido.

4º) Y, finalmente, se habla de personas determinadas porque no se concibe jurídicamente, la obligación en el derecho personal, sino entre personas perfectamente determinadas.” (Alessandri, 1983, p.10)

El Código Civil del Ecuador, señala en el artículo 1453 que “Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones; 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; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre padres y los hijos de familia”.

1.1.3 Elementos de la obligación.

Los elementos constitutivos de la obligación, son tanto esenciales para su existencia así como para determinar su clasificación. Estos elementos son:

- a. Los sujetos;
- b. El vínculo jurídico;
- c. El objeto o contenido de la obligación; y,
- d. La causa

a. *Sujetos de la obligación.*

Son parte de la relación obligacional las personas naturales (físicas) o jurídicas, que asumen la calidad de sujeto activo o acreedor, en su defecto, sujeto pasivo o deudor, pudiendo ser cada parte una o más personas.

El acreedor es el sujeto activo de la obligación “que tiene la facultad de exigir algo de otra persona. Para él la obligación es un derecho, un derecho personal. Por eso, podemos decir que el acreedor es el titular del derecho personal o crédito, y para él la obligación es un elemento activo del patrimonio” (Alessandri, 1983, p.10). A su vez, el autor define al sujeto pasivo como el deudor de la obligación siendo éste “el que está colocado en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa; es el individuo ligado a otro, es el que tiene su libertad limitada o restringida con respecto a otra persona. Para él la obligación es una deuda o una carga y debe anotar esta obligación, en el deber de su patrimonio” (Alessandri, 1983, p.10).

Es importante resaltar la necesidad esencial que tienen los sujetos de la obligación de contar con la capacidad, en los términos que la Ley señala, para obligar u obligarse.

b. *El vínculo jurídico.*

Siendo este otro elemento estructural en la relación obligacional, el mismo consiste, según Albaladejo (citado por Arnau, 2008/2009) en el nexo que liga a una persona con otra y que engloba el débito (deuda o deber de prestación) y el crédito o derecho del acreedor a exigir el cumplimiento. Así mismo incluye la responsabilidad del deudor, frente a la que existe el poder del acreedor de dirigirse contra el patrimonio de aquel.

La existencia del vínculo jurídico genera a favor del acreedor la posibilidad de aplicar distintas medidas de compulsión, prevención o de garantía; como lo son las de ejecución, daños y perjuicios en el caso de la primera; de acción pauléana y simulatoria para la segunda; y embargos preventivos para la última. (Ordoqui, 1998, p.47)

c. *El objeto o contenido de la obligación.*

Alessandri (1983) afirma:

La cosa debida u objeto de la obligación es aquello que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor; es lo que el deudor debe hacer o no hacer.

Si el objeto de la obligación consiste en la realización de un hecho positivo, como dar o hacer algo, la cosa debida toma el nombre de prestación. Si el objeto de la obligación consiste en la realización de un hecho negativo, la cosa debida toma el nombre de abstención; y por eso, en la obligación de no hacer, el objeto de la obligación no es una prestación, sino una abstención. (p.10-11)

Castan (citado por Arnau, 2008/2009), señala que la doctrina discrepa respecto a cuál sea ese objeto, para algunos autores, objeto de la obligación son las cosas o los servicios sobre los que recae el deber del deudor; si bien la opinión que hoy tiende a imperar, es la que considera como objeto de la obligación la prestación, osea, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor y que tiene derecho a exigirle el acreedor. Y como este comportamiento, a su vez, se refiere a cosas, servicios, o abstenciones que vienen a ser el objeto de la prestación, no parece incorrecto el distinguir un objeto inmediato de la obligación, constituido por la prestación, y un objeto mediato, constituido por la cosa, el hecho del deudor, o su abstención (en otros términos, un dar, un hacer, o un no hacer).

d. La Causa.

En toda obligación existe una causa que da lugar a su surgimiento.

En la doctrina moderna, autores como Alterini (...) o Castán Tobeñas (...), han sostenido “que la fuente, o sea, la causa, el hecho generador de la obligación integra su misma esencia. La fuente es el hecho que se considera por la norma jurídica, que es calificado o tipificado y motiva el surgimiento del vínculo obligacional”. La fuente es el hecho generador (el acuerdo de las partes o el acto ilícito). (Orodqui, 1998, p.59)

1.1.4 Fuentes de las Obligaciones.

Son fuentes de las obligaciones los hechos jurídicos que las generan.

Conocemos como clasificación tradicional de las fuentes de las obligaciones las siguientes:

- a. El contrato,
- b. El Cuasicontrato,
- c. El delito,
- d. El cuasidelito; y,
- e. La ley.

Existen autores como Planiol y Baudry que señalan como única fuente de las obligaciones el contrato y la Ley.

La Crítica que se hace de la clasificación de las fuentes de las obligaciones es exacta. En el contrato, la fuente de la obligación es la voluntad de las partes, que determinan el objeto, alcance y la extensión de la obligación.” La ley en materia de contratos no interviene sino por un doble motivo: o bien para sancionar la obra de las partes, otorgándoles a estas los modos para obtener su reconocimiento, o bien para vigilarlas a fin de que no puedan menoscabar el orden público o las buenas costumbres. Pero fuera del contrato, no puede haber obligaciones, sino por disposición de la ley; fuera de los contratos no es la voluntad de las partes lo que genera la obligación, sino que es la disposición de la ley. (Alessandri, 1983, p.13)

En este sentido se puede concluir que las fuentes de las obligaciones en dos grupos, uno el de la autonomía privada entendida como poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas y el otro constituido por la soberanía del Estado, creando entre los particulares, relaciones obligatorias si contar para ello con la voluntad de estos como lo señala Díez-Picazo (citado por Arnau, 2008/2009)

En la definición dada por el artículo 1453 del Código Civil del Ecuador, antes referido, podemos encontrar claramente establecido como fuentes de las obligaciones las siguientes:

- a. El concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos o convenciones;
- b. Un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos;
- c. La consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos;
- d. La disposición de la ley, como entre padres y los hijos de familia.

1.1.5 Clasificación de las obligaciones.

Siguiendo al autor Alessandri, las obligaciones pueden clasificarse de muy diversa manera según sea el punto de vista desde el cual se consideran; así el autor las clasifica de la siguiente manera:

- a. Atendiendo a su objeto:
 - a.1. Positivas (obligaciones de dar y hacer) y Negativas (no hacer).
 - a.2. De especie o de cuerpo cierto o de género.
- b. Atendiendo a la existencia de las obligaciones:
 - b.1. Obligaciones principales.
 - b.2. Obligaciones accesorias.
- c. Atendiendo si los efectos de la obligación están o no subordinados a modalidad:
 - c.1. Obligaciones puras y simples.
 - c.2. Sujetas a modalidad (condición, plazo y modo).
- d. Atendiendo a las personas que intervienen en la obligación:
 - d.1. Obligaciones simplemente conjuntas.
 - d.2. Obligaciones solidarias.
 - d.3. Obligaciones indivisibles.
- e. Atendiendo al número de objetos sobre que pueden recaer:
 - e.1. Obligaciones de un solo objeto.
 - e.2. Obligaciones de objeto múltiple:
 - e.2.1. Obligaciones de simple objeto múltiple.
 - e.2.2. Obligaciones alternativas.
 - e.2.3. Obligaciones facultativas.
- f. Atendiendo a su exigibilidad:
 - f.1. Naturales.
 - f.2. Civiles.

A la clasificación señalada recogida por Alessandri en su obra Teoría General de las Obligaciones, agregaremos como literal g. las obligaciones de cláusula penal prevista en el Título XI del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano.

a. Atendiendo a su objeto:

a.1. Positivas (obligaciones de dar y hacer) y Negativas (no hacer).

Es una obligación positiva cuando el sujeto pasivo de la obligación requiere, para cumplir con la misma, entregar un bien o realizar una acción. Es negativa cuando el sujeto pasivo de la obligación debe abstenerse de realizar una acción determinada, objeto de la obligación. Alessandri Rodríguez, manifiesta que las obligaciones de dar, hacer o no hacer pueden cumplirse en un solo momento con la ejecución de un solo acto o a su vez pueden determinar la necesidad de que el sujeto pasivo ejecute una serie de actos en un determinado período de tiempo, dando paso a las denominadas obligaciones sucesivas y resalta que las obligaciones de no hacer serán por lo general sucesivas.

El código Civil Ecuatoriano se refiere a las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en el artículo 1454, destinado a la definición de contrato, dando con ello por establecido que las obligaciones determinadas en el título III y siguientes del libro IV son, de forma independiente y complementaria a la naturaleza determinada en cada título, obligaciones de dar, hacer o no hacer algo.

a.2. De especie o cuerpo cierto o de género.

Si bien toda obligación debe ser determinada, dicha determinación puede hacerse en mayor o menor grado respecto a la individualidad o generalidad de lo debido en dar hacer o no hacer; así, será de especie o cuerpo cierto cuando se determine o individualice plenamente el objeto de la obligación y será de género cuando dicha determinación se refiere a cualquier individuo de un género.

Este tipo de obligaciones se encuentran contenidas en el artículo 1524 y siguientes del Código Civil Ecuatoriano, en los que se determina que las “Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”, en las cuales, “el acreedor no puede pedir determinadamente ningún individuo; y el deudor queda libre de ella, entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad a lo menos mediana. Respecto a la extinción de este tipo de obligaciones, se establece que la “pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación; y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene o destruya, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe.

b. Atendiendo a la existencia de las obligaciones:

b.1. Obligaciones principales.

Son aquellas que no requieren para su existencia de la concurrencia de ninguna otra obligación.

b.2. Obligaciones accesorias.

Son todas aquellas obligaciones cuya existencia y cumplimiento están ligados a la existencia de una obligación principal de la cual ésta es accesoria.

Alessandri (1983) afirma:

La importancia de esta clasificación está en que la obligación accesoria queda subordinada a la principal, de manera que extinguida la principal, necesariamente se extingue la obligación accesoria, en virtud de aquel principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Y a la inversa, la extinción o nulidad de la obligación accesoria, no envuelve la extinción de la obligación principal. (p. 28)

Si bien el Código Civil Ecuatoriano, no se refiere en ninguno de los títulos del Libro IV destinados a definir lo tipos de obligaciones, reconoce y establece, en varios artículos, la calidad de principal o accesoria que puede tener una obligación; así por ejemplo, de forma expresa en el artículo 2238 se estipula que la fianza es una obligación accesoria o de forma tácita en el artículo 1551 referido a las obligaciones con cláusula penal.

Es importante resaltar la importancia que reviste esta clasificación para los objetivos del presente trabajo de investigación, en tanto las cauciones o garantías son obligaciones que se contraen para asegurar otra obligación que se determina como la principal. Lo que sucede en la Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde se prevé que los contratistas del Estado rindan garantías respecto de las obligaciones asumidas como adjudicatarios de contratos; volveremos sobre este particular en el capítulo correspondiente.

c. Atendiendo si los efectos de la obligación están o no subordinados a modalidad:

c.1. Obligaciones puras y simples.

Es aquella obligación que produce sus efectos desde que se contrae y sin ningún tipo de restricciones o limitaciones.

c.2. Sujetas a modalidad (condición, plazo y modo).

A diferencia de las obligaciones puras y simples, el efecto de este tipo de obligaciones está supeditado a lo dispuesto en las denominadas cláusulas modales consistentes en la existencia de una condición positiva o negativa, en el plazo y en el modo en que ha de cumplirse la misma.

La regla general en el derecho, es que la obligación sea pura y simple, porque las modalidades no se presumen ni se subentienden, a menos que la ley expresamente las haya consignado, como en el caso del artículo 1489 que dice: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado” (...). (Alesandri, 1983, p. 29)

Disposición del Código Civil Chileno, que en el caso del Código Civil Ecuatoriano se encuentra contenida en el artículo 1505.

Ospina (2008) afirma:

Ordinariamente, las obligaciones nacen y comienzan a producir sus efectos desde el momento en que se presentan los hechos que según la ley constituyen las fuentes de ellas. Las obligaciones que se encuentran en estas circunstancias se denominan puras y simples, y, por lo dicho, constituyen la regla general. Pero también puede suceder que el nacimiento o el solo cumplimiento de una obligación quede pendiente de un hecho futuro. Por ejemplo, si una persona debe pagar a otra una suma de dinero cuando esta contraiga matrimonio, la obligación no nace sino a partir del momento en que se realice el hecho previsto, es decir, el matrimonio. Y si para el cumplimiento de la obligación se ha fijado una fecha determinada, la obligación se reputa nacida, pero no es exigible sino desde el advenimiento de la fecha señalada. Estas obligaciones, sujetas a hechos futuros, se denominan condicionales o a plazo, según la naturaleza del hecho que las afecta. Son condicionales aquellas cuyo

nacimiento pende de un hecho futuro e incierto, vale decir, de un hecho posterior a la fuente, pero que no se puede saber si habrá de ocurrir o no, como el nacimiento de una persona o la llegada de un barco a puerto. Las obligaciones a plazo son aquellas cuyo solo cumplimiento pende de un hecho futuro y cierto, esto es, de un hecho posterior que se sabe que habrá de ocurrir, como la muerte de una persona o la llegada de cierta fecha. Además, la condición y el plazo también pueden producir la extinción prematura de una obligación, como cuando se pacta que esta exista hasta que el deudor cumpla la mayor edad o hasta la terminación de cierto año. (p. 23)

Este tipo de obligaciones previstas en los títulos IV y V del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano, están conceptualizadas en los términos en ellos descritos de los cuales citamos a continuación, aquellos que entendemos son esenciales para su conceptualización.

“Art. 1489.- Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.”

“Art. 1490.- La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en que acontezca una cosa; la negativa, en que una cosa no acontezca.”

“Art. 1491.- La condición positiva debe ser física y moralmente posible. Es físicamente imposible la contraria a las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.

Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles.”

“Art. 1492.- Si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible, la obligación es pura y simple. Si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, vicia la disposición.”

“Art. 1493.- Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual, la que depende de la voluntad de un tercero, o de un acaso; mixta, la que en parte depende de la voluntad del acreedor, y en parte de la voluntad de un tercero, o de un acaso.”

Art. 1495.- 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.

“Art. 1510.- El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirla.”

d. Atendiendo a las personas que intervienen en la obligación:

Las obligaciones pueden tener como obligados o sujetos pasivos de la misma a una o varias personas y como sujetos activos o beneficiarios-acreedores de ella, a una o varias personas, conforme la siguiente composición:

Un deudor-Un acreedor

Un deudor-varios acreedores

Varios deudores- un acreedor

En las obligaciones que existe una pluralidad de sujetos, Alessandri identifica 3 grupos (simplemente conjuntas, solidarias indivisibles)

d.1. Obligaciones simplemente conjuntas.

Aquellas en las que cada deudor ésta obligado solo respecto a una parte o cuota que le corresponde y cada acreedor puede exigir solo aquella parte o cuota que le corresponde. Es por tanto una obligación divisible.

d.2. Obligaciones solidarias.

En este tipo de obligaciones, cada deudor está sujeto al cumplimiento total de la obligación y cada acreedor a exigir la totalidad de la misma; lo señalado independientemente a si el objeto de la obligación pudiese ser divisible.

Es importante resaltar que la solidaridad no se presume debiendo expresarse expresamente, salvo cuando la misma deriva de la ley.

d.3. Obligaciones indivisibles.

Son aquellas que tiene por objeto una cosa no susceptible de ser dividida ni de forma física ni intelectual, no obstante que si puede reconocérsele un cumplimiento parcial.

El Código Civil Ecuatoriano, trata a este tipo de obligaciones en los títulos IX y X, dándoles la clasificación de obligaciones solidarias y de divisibles e indivisibles, distando en su enunciado de la clasificación de Alessandri que hemos adoptado en este trabajo, pero englobando la misma en sus disposiciones.

Así, las obligaciones que Alessandri llama simplemente conjuntas, se las encuentra en el primer inciso del artículo 1527 que dice “En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parte o cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.” Y las que denomina solidarias están previstas en el segundo inciso del citado artículo al señalarse “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum. La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”

A su vez, lo denominado por Alessandri en su clasificación como obligaciones indivisibles, el Código Civil Ecuatoriano las clasifica en divisibles e indivisibles, conceptualizándolas de la siguiente manera.

“Art. 1540.- La obligación es divisible o indivisible, según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota. Así, la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles; la de pagar una cantidad de dinero, divisible.”

“Art. 1541.- La solidaridad de una obligación no le da el carácter de indivisible.”

“Art. 1542.- Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede solo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores está solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores.....”

e. *Atendiendo al número de objetos sobre que pueden recaer:*

e.1. Obligaciones de un solo objeto.

Son aquellas en que la obligación está constituida por el deber de dar, hacer o no hacer en torno a un solo objeto, a decir de Alessandri, estas son las obligaciones de tipo normal.

e.2. Obligaciones de objeto múltiple:

e.2.1. Obligaciones de simple objeto múltiple.

Las integran aquellas en que se deben varias cosas a la vez sin verse afectado por ello la obligación.

e.2.2. Obligaciones alternativas.

Son obligaciones alternativas cuando el sujeto pasivo puede cumplir la misma con la entrega o realización de uno de los objetos determinados como obligación.

e.2.3. Obligaciones facultativas

Están compuestas por aquellas en las cuales si bien la obligación consta de un objeto determinado, el sujeto pasivo se halla facultado a cumplirla con otro también determinado en la obligación.

En referencia a estas obligaciones, el Código Civil Ecuatoriano, las determina de la siguiente forma.

“Art. 1515.- Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras.”

“Art. 1521.- Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa.”

“Art. 1523.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa.”

Guillermo Ospina señala que no hay obligaciones de simple objeto plural como tampoco son de objeto plural las obligaciones facultativas.

f. Atendiendo a su exigibilidad:

f.1. Naturales.

Estas constituidas por aquellas obligaciones que si bien cuentan con los elementos necesarios para su existencia (partes, objeto y causa) no confieren, por una determinada circunstancia, derecho al acreedor para exigir su cumplimiento mediante los procedimientos que establezca la Ley. Alessandri se refiere a las obligaciones naturales como un término medio entre el deber moral y la obligación civil; la obligación natural, dice Alessandri, “se diferencia de la obligación civil, en que esta última le otorga al acreedor una acción para exigir su cumplimiento; es decir, mientras la obligación civil da al acreedor un derecho para compeler judicialmente al deudor, la obligación natural no le da al acreedor ningún derecho para exigir su cumplimiento, el cual queda entregado a la simple voluntad o conciencia del deudor.”

f.2. Civiles.

Son todas aquellas obligaciones que reuniendo los elementos que la estructuran generan a favor de su acreedor el derecho de exigir las a través de los medios que la ley determine para tal efecto.

El Código Civil Ecuatoriano se refiere a las obligaciones Naturales y Civiles de la siguiente forma.

“Art. 1486.- Las obligaciones son civiles o meramente naturales.

Civiles, las que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Naturales, las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas.

Tales son:

Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos;

Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción;

Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida; y,

Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.”

“Art. 1487.- La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural.”

g. Obligaciones con cláusula penal.

Las cláusula penal es una obligación accesorio en tanto su fin es asegurar el cumplimiento de otra obligación principal, constituida mediante el acuerdo celebrado por las partes de una relación obligatoria por la que se establece que en caso de incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la obligación principal, el deudor estará obligado entonces al cumplimiento de ésta.

El Código Civil Ecuatoriano recoge esta clase de obligaciones de la siguiente forma.

“Art. 1551.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.”

“Art. 1552.- La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal; pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal.

Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona.

Lo mismo sucederá cuando uno estipula con otro a favor de un tercero, y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido.”

“Art. 1553.- Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal; ni constituido el

deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”

“Art. 1554.- Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

Si la obligación es negativa, el deudor incurre en la pena desde que ejecuta el hecho de que se ha obligado a abstenerse.”

“Art. 1555.- Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal.”

“Art. 1556.- Cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa divisible, la pena, del mismo modo que la obligación principal, se divide entre los herederos del deudor, a prorrata de sus cuotas hereditarias. El heredero que contraviene a la obligación incurre, pues, en aquella parte de la pena que corresponde a su cuota hereditaria; y el acreedor no tendrá acción alguna contra los coherederos que no han contravenido a la obligación.

Exceptuase el caso en que, habiéndose puesto la cláusula penal con la intención expresa de que no pudiera ejecutarse parcialmente el pago, uno de los herederos ha impedido el pago total.

Podrá entonces exigirse a este heredero toda la pena, o a cada uno su respectiva cuota, quedándole a salvo su recurso contra el heredero infractor.

Lo mismo se observará cuando la obligación contraída con cláusula penal es de cosa indivisible.”

“Art. 1557.- Si la pena estuviere asegurada con hipoteca, podrá perseguirse ésta por toda la pena, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar.”

“Art. 1558.- 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.”

“Art. 1559.- 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.”

“Art. 1560.- Cuando por el pacto principal una de las partes se obliga a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de ésta lo que exceda al duplo de aquella; de manera que, ora se cobre sólo la pena, ora la pena juntamente con la obligación principal, nunca se pague más que esta última doblada.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”

1.1.6 Modos de extinguir las obligaciones.

De la misma forma en que las obligaciones requieren de un hecho generador, requieren también formas o modos en que puedan concluir o extinguirse. Ospina (2008) afirma: “Se entiende por modos de extinguir las obligaciones aquellos actos y hechos jurídicos en virtud de los cuales se disuelve o extingue el vínculo obligatorio que une al deudor y al acreedor” (p. 311). Continúa el autor indicando que dicho concepto no es absoluto en tanto algunos modos de extinguir las obligaciones puede acarrear que el vínculo subsista y solo cambie alguno de los otros elementos de la obligación como el sujeto activo o el objeto de la misma.

El Código Civil Ecuatoriano enumera los modos de extinguir, en todo o en parte, las obligaciones en su artículo 1583 siendo éstos, los siguientes:

“Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo”

Mediante la Consagración del postulado de la autonomía, dice Guillermo Ospina, “el legislador delega en los particulares la potestad de arreglar mediante actos jurídicos gran

parte de sus relaciones, sobre todo las de contenido patrimonial o económico. Es así como ellos pueden crear convencionalmente esas relaciones y, del mismo modo, modificarlas o extinguirlas.”

Por la solución o pago efectivo

Siendo esta la forma general o común de extinguir la obligación está definida por el artículo 1584 en los siguientes términos “Pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Por la novación

Definida en el art. 1644 como “la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda, por lo tanto, extinguida.”

Por la transacción

Conforme el artículo 2348 la transacción es “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”

Por la remisión

“La remisión o condonación de una deuda no tiene valor, sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella.” conforme al artículo 1668; remisión que puede ser expresa e incluso tácita en los términos del artículo 1670.

Por la compensación

El artículo 1671 se refiere a este modo de extinguir las obligaciones disponiendo que “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas...”; operando la misma en los modos y casos previstos en los siguientes artículos del título XVII dedicado a este modo de extinguir las obligaciones.

Por la confusión

Por disposición contenida en el artículo 1681, la confusión, como medio de extinguir las obligaciones, opera “Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos que el pago.”

Por la pérdida de la cosa que se debe

El artículo 1686 dispone que “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes.” Excepciones contenida en el artículos 1688, y reglada en los artículos siguientes, que indica “Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto;.....”;

Por la declaración de nulidad o por la rescisión

El Artículo 1697 dispone “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.” y el artículo 1704 dispone que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

Por el evento de la condición resolutoria

El artículo 1495 del Código civil determina que “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.”

Por la prescripción.

Teniendo en cuenta que las obligaciones civiles, son aquellas que dan al acreedor el derecho a exigir su cumplimiento mediante las acciones que la Ley prevé, el artículo 2414 del Código Civil dispone que “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”, tiempo que es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias conforme el

artículo 2415. Es importante resaltar que existen ciertas acciones determinadas expresamente en el Código Civil que prescriben en corto plazo.

El autor Guillermo Ospina, respecto de la clasificación de los modos de extinguir las obligaciones prevista en el Código Civil Colombiano, que si bien, su redacción difiere en poco, su contenido es igual al del Código Civil Ecuatoriano critica la enumeración formulada por la ley tachándola de incompleta pues no tiene en cuenta como modos de extinción de las obligaciones la muerte del acreedor o del deudor, o cuando la obligación es intransmisible a los herederos del difunto, modos previsto en la propia ley. Situación que puede darse en los contratos celebrados por el Estado bajo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que se la trae a colación en este apartado.

Es importante resaltar que lo desarrollado anteriormente respecto de los modos de extinguir las obligaciones no comprende un estudio minucioso de lo dispuesto respecto a ellos en el Código Civil, sino una enumeración y conceptualización entendida como suficiente para los objetivos de esta investigación.

CAPÍTULO II

NOCIÓN TEÓRICA DE LOS CONTRATOS.

2.1. Breve noción general de los contratos

2.1.1. Concepto.

En términos del Código Civil “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.”

2.1.2 Elementos de Validez de los contratos.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1461 y teniendo en cuenta que el contrato es un acto por el cual se generan obligaciones, son elementos esenciales para la validez del contrato la capacidad Legal de los contratantes, su consentimiento al acto a celebrarse sin que el mismo adolezca de vicio y que el mismo recaiga sobre un objeto lícito y tenga una causa lícita.

El Código Civil sobre la capacidad legal nos dice que “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”, y que, “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas...” así como incapaces relativos “los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas” quedando también previsto en la norma la existencia de otras incapacidades de orden particular en tanto han sido impuestas a ciertas personas por leyes específicas.

Sobre el consentimiento el Código Civil dispone que el mismo debe expresarse de forma libre y voluntariamente sin que adolezca de vicios. Son vicios del consentimiento:

El error de hecho, si el mismo se refiere a la especie de contrato que se pretende celebrar en cuanto el efecto que genera no es el mismo o cuando la sustancia o calidad de la cosa objeto del contrato es diversa de lo que se cree; igualmente vicia el consentimiento el error en la persona con quien se tiene la intención de celebrar el contrato si las condiciones inherentes a ella son causa primordial de la contratación. (Arts. 1469-171 Código Civil Ecuatoriano).

La fuerza, si aquella infunde, en el contratante, temor suficiente a ser sujeto, él, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes, de un mal irreparable y grave, indistintamente de quien la ejerza siempre que haya sido utilizada para lograr su consentimiento. (Arts. 1472-1473 Código Civil Ecuatoriano).

El dolo, siempre que sea ejecutado por una de las partes y que no medie duda respecto a que sólo por su existencia se habría contratado, siendo en el resto de generador de acción de perjuicios contra quien lo cometió o se aprovechó del mismo. El dolo debe probarse salvo en los casos especialmente previstos en la ley, en los cuales el mismo se presume (Arts. 1474-1475 Código Civil Ecuatoriano).

En referencia al objeto lícito, el Código Civil señala que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano, por ende será objeto lícito de contratación todo lo que no lo contravenga, incluyéndose las cosas que existen y las que se espera existirán. En caso de que se trate de cosas, éstas deberán ser comerciables y como mínimo determinadas respecto a su género; en caso de que sean hechos, éstos deberán ser posibles, tanto física como moralmente. Cabe resaltar que la Ley citada señala también una descripción específica del objeto ilícito en relación a ciertas circunstancias determinadas en la norma. (Arts. 1480-1482, 1484 Código Civil Ecuatoriano).

Existe causa ilícita el motivo que lleva a las partes a contratar y éste es prohibido por la ley o reñido al orden público y a las buenas costumbres de la sociedad. (Arts. 1483-1484 Código Civil Ecuatoriano).

2.1.3 Clasificación de los Contratos.

2.1.3.1 Contratos Civiles.

En atención a los fines del presente trabajo, señalaremos primero los contratos privados civiles que se clasifican en:

Unilaterales: Una sola de las partes (puede ser una o varias personas naturales o jurídicas) se obliga para con otra u otras.
(Art. 1455 Código Civil Ecuatoriano).

Bilaterales: Las partes (pueden ser una o varias personas naturales o jurídicas) se obligan entre sí.
(Art. 1455 Código Civil Ecuatoriano).

Gratuito: Cuando el mismo genera derechos para una de las partes y obligaciones para la otra.

Oneroso: Cuando el mismo genera derechos y obligaciones para ambas partes.

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios, los primeros cuando las obligaciones que se generan por el contrato son relativamente equitativas para ambas partes y pueden determinarse desde el inicio; y, el segundo cuando el derecho a generarse como contraparte de la obligación que se asume está sujeto a una contingencia que sucediendo puede generar o no beneficio proporcional o incluso desproporcional a la obligación asumida.

(Arts. 1456-1457 Código Civil Ecuatoriano).

Consensuales: Son aquellos que se perfeccionan con la sola declaración de la voluntad.

Reales: Son aquellos que para su perfeccionamiento se requiere la entrega de la cosa debida o la realización del hecho, en ambos casos hasta entonces prometidos.

Solemnes o Formales: Son aquellos que para su perfeccionamiento debe cumplirse con lo dispuesto en la ley respecto a ellos como el cumplimiento de solemnidades en los casos así previsto por la ley.

(Art. 1459 Código Civil Ecuatoriano)

Nominados: Se entiende por contratos nominados aquellos que han recibido una denominación específica por la ley en atención a su finalidad, siendo el resto de contratos que pueden tener por objeto lo que la necesidad del ser humano requiera serán innominados.

Principales: Son contratos principales aquellos que no requieren de la existencia de ningún otro contrato para existir.

Accesorios: Son aquellos que dependen de la existencia de un contrato principal para existir y sobre los cuales se aplican las circunstancias que se apliquen al principal según corresponda. Este tipo de contratos es usual encontrarlos como contenedores de obligaciones que garanticen el cumplimiento de las asumidas en un contrato principal.

(Art. 1458 Código Civil Ecuatoriano)

2.1.3.2. Contratos Administrativos

El contrato administrativo ha sido aceptado contemporáneamente, como una categoría contractual especial regulada por el derecho público, frente al común e histórico contrato civil, regulado por el derecho privado, sin que haya dejado de considerarse, doctrinariamente, tendencias jurídicas favorables a considerarlo como un negocio contractual específico y, otras, que lo consideran como un acto administrativo unilateral y le niegan la calidad de contrato; o los que, lo consideran como una categoría de la relación jurídica y admiten por tanto la coexistencia de contratos de derecho privado y de contratos de derecho público u administrativo; o los que proponen, en base a negar la diferencia entre derecho público y privado, que los contratos privados, como los públicos o administrativos, son suficientemente regulados por las normas que rigen los contratos privados, con lo que se niega de hecho, la existencia del contrato administrativo.

La falta de consenso en cuanto al factor o elemento que confiere y sustenta el carácter de administrativo a los contratos que celebra la administración, ha dado lugar a varias posiciones doctrinarias sobre el particular, a saber:

- a. Teoría Subjetiva, que sostiene que el contrato es administrativo cuando una de las partes es la administración pública u órgano de la misma, en función administrativa, que funda su acerto en la teoría de la doble personalidad del Estado, que es pública cuando sus actos son de autoridad y privada cuando sus actos son de gestión;
- b. Teoría Jurisdiccional, que enuncia que el contrato es administrativo, cuando las controversias que puedan surgir de su ejecución, se someten a la jurisdicción y competencia contencioso-administrativa, que es especial, respecto de las comunes a que se someten los contratos privados;
- c. Teoría Formal, que funda la calidad de administrativo del contrato, cuando para su celebración deben cumplirse un conjunto de formalidades o procesos preestablecidos, como la licitación, el concurso de precios y otros trámites especiales;
- d. Teoría de la Naturaleza del Contrato, que mantiene que la calidad de administrativo de esta clase de convenciones está dado por su naturaleza, por su esencia, es decir, que sí y solo sí su naturaleza es administrativa o lo que es lo mismo una de sus partes es necesariamente, una persona pública y su objeto de interés general o público;

- e. Teoría Voluntarista, que sustenta que la calidad de administrativo del contrato está dada simple y llanamente por la voluntad de las partes que intervienen en el mismo o bien, por someterse las partes, voluntariamente a un régimen especial de derecho público;
- f. Teoría de la Cláusula Exorbitante, conforme a esta teoría el contrato administrativo lo es, cuando sus cláusulas rebasen el alcance u órbita de las del contrato privado, como atribuir a la administración pública contratante, respecto del contratista particular, derechos no conferibles a ningún contratante privado u otorgar a éste, facultades específicas respecto de terceros que de ninguna manera se confieren en un contrato privado; o la facultad de la administración de modificar el contrato e incluso darlo por terminado unilateralmente y, otras, que se estipulan en cumplimiento de disposiciones legales específicas de orden público;
- g. Teoría Finalista, que propugna que el contrato administrativo tiene por fin un objeto encaminado a la satisfacción de necesidades públicas de interés general o bien de alcanzar un fin, igualmente, público, que no son propios del contrato privado;
- h. Teoría Legalista, según la cual son contratos administrativos los que la Ley los determina o califica como tales; y,
- i. Teoría de la Desigualdad de las Partes, que sostienen que el contrato es administrativo cuando las partes se encuentran en posiciones desiguales, que resultan de la condición de supraordinación y consiguiente subordinación, propia del derecho público y, la de coordinación que se da en las relaciones regidas por el derecho privado, que en el caso corresponde la primera a la administración y la segunda a la persona privada, natural o jurídica, que contrate con ella.

Definición del Contrato Administrativo

Para arribar a una definición oportuna y más o menos completa del contrato administrativo, es preciso tener en cuenta la tesis fundamental de las teorías justificativas anotadas porque, los puntos de vista enunciados forman parte del concepto a definir y concurren para tener una concreción de lo que es el contrato administrativo, cuya definición es la de que el contrato administrativo es el celebrado entre la administración pública en ejercicio de función administrativa, por una parte, y una persona natural o jurídica o varias, por otra, para satisfacer una necesidad de interés público con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado; en un plano de desigualdad por la condición pública y aún soberana de la administración y privada, sometida al poder del Estado del contratista.

Ahora bien el concepto de contrato administrativo ha sido definido por el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función E, en los siguientes términos:

“es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”

Caracteres del Contrato Administrativo

Los caracteres del contrato administrativo son, básicamente, los mismos del contrato privado, particularmente del civil y del mercantil, al que se suman varios elementos particulares que son propios del contrato administrativo, que lo particularizan y lo hacen una convención independiente. Tales caracteres son:

- a. Desigualdad de las Partes, es propia del contrato administrativo la desigualdad de las partes que intervienen en el mismo, puesto que, la contratante es y será siempre la administración pública en ejercicio de función administrativa, que por el hecho de serlo y de regirse por el derecho público que la ubica en supraordinación y la consiguiente subordinación a la que está sujeta la persona de derecho privado que contrata con ella.

Carácter que no se da en la relación contractual entre entidades de derecho público, cuyo acuerdo no constituye, por el motivo anotado, contrato administrativo, pues el plano de tal convención es de igualdad, de coordinación, lo que impide la aplicación del régimen exorbitante, que de aplicarse, pondría a una de ellas en condición de privilegio, lo que es imposible.

- b. Restricción de la libertad de las partes, por las serias limitaciones que impone a las partes el proceso previo de contratación y el texto mismo del contrato, que por ser parte de tal proceso se vuelve prácticamente de adhesión e impide de hecho la aplicación del principio de autonomía de la voluntad que informa las relaciones convencionales privadas e impone el de legalidad que informa las relaciones de derecho público, por el cual no puede estipularse sino lo que la Ley manda;
- c. Predominio del interés público, que necesariamente informa al contrato administrativo, pues su objeto está constituido siempre, por la necesidad de satisfacer un requerimiento de interés general identificado con los fines del Estado; y,

- d. Régimen exorbitante, al que se somete el contrato administrativo porque su regulación está sujeta a una normativa que atiende a la precautelación del interés público, por lo que, se atribuyen a la administración facultades que no se admiten en el derecho privado, como las de dar por terminado el contrato en forma unilateral y de su ejecución directa, por cuenta del contratista.

Principios Jurídicos del Contrato Administrativo

Los principios jurídicos que dan sustento a la existencia del contrato administrativo como una realidad convencional específica y sustentan su regulación jurídica especial son:

- a. Principio de legalidad, por el cual, en el ámbito del derecho público, solo puede hacerse lo que la ley permite y por tanto no acepta renuncia ni pacto en contrario, que en lo atinente al contrato administrativo, lo sujeta a un régimen jurídico determinado, al que debe sujetarse estrictamente;
- b. Principio de continuidad, por el que la administración tiene la potestad de exigir al contratista la continuidad, sin interrupción, de la ejecución del contrato y para que, en caso contrario, la continúe a costa del contratista;
- c. Principio de mutabilidad, por el que la administración puede variar las condiciones del contrato en razón de la variación de los motivos que lo suscitaron, considerando el interés patrimonial del contratista, quien no puede oponerse a tal situación; y,
- d. Principio del equilibrio financiero, según el cual debe mantenerse, a lo largo de la ejecución del contrato, el equilibrio económico establecido al momento de su celebración, a fin de que las partes no resulten financieramente afectadas por causas imputables a las partes, especialmente, a la administración o independientes de ella, como los actos soberanos del Estado.

Requisitos del Contrato Administrativo

Los requisitos del contrato administrativo son aquellos sin los cuales derivaría en un contrato privado, estos requisitos son:

a. Respecto de la Administración:

- Ejercicio de la función administrativa; y,
- Competencia;

b. Respecto del Contratista:

- Capacidad; e
- Inscripción en el registro respectivo,

c. Respecto de las Partes:

- Consentimiento;

d. Respecto del Contrato mismo:

- Objeto lícito de interés público;
- Causa lícita de interés general; y
- Plazo.

Clasificación del contrato administrativo

La clasificación del contrato administrativo es similar a la del contrato privado; que en lo concerniente a su regulación legal agrega, con diferencia a los civiles, los nominales o tipos de:

- a. Contrato de obra pública, que es aquel por el cual la administración encarga a una persona privada, natural o jurídica, por su cuenta y costo, una obra material, conforme con la normativa legal que la regula;
- b. Concesión de servicio público, mediante el cual la administración pública, conforme las regulaciones legales que la rigen, confía o delega a una persona privada, natural o jurídica, por cuenta y riesgo de ésta, la prestación de un servicio público, contra una participación en el rendimiento de tal servicio, sea como tarifa pagada por el usuario o subvención cubierta por la administración y por un tiempo determinado, en que, el concesionario actúa como delegatario de las facultades de la administración;

- c. Concesión de uso de bienes públicos o de derechos del Estado, por la que la administración pública concede a una persona privada, natural o jurídica, el uso y provecho de un bien público o de un derecho del Estado, que ha de rendir un beneficio de interés común o de finalidad del Estado en los términos de legalidad anotados para la concesión de servicios públicos, en el que la administración participa de los rendimientos del uso y provecho de los bienes o derechos del Estado, como son, las regalías o cuotas de tal participación;
- d. Concesión de obra pública, cuando se encarga su ejecución a un constructor privado que recupera su inversión y el beneficio de ésta, participando en el rendimiento económico del bien, en concurrencia con la administración, la que por cierto no participa en la financiación del proyecto, que corre por cuenta del constructor-concesionario;
- e. Contrato de suministro, por el cual la administración se provee de bienes muebles o servicios, cuya provisión es de cuenta y riesgo del contratista y que se realiza en entregas únicas o sucesivas, por un precio a pagarse; y en el que los objetos provistos son necesarios para el desenvolvimiento de la administración y atención del interés general y bien público.

CAPÍTULO III

NOCIÓN TEÓRICA DE LAS CAUCIONES

3.1 Noción teórica de las cauciones

El derecho tiene como uno de sus fines la seguridad jurídica, entendiéndose como la garantía de que las personas no sean objeto de violencia ni en sus personas ni en sus bienes patrimoniales, por tanto, como parte de esta seguridad, garantiza el cumplimiento de las obligaciones y derechos regularmente establecidos a través de sus fuentes.

Las obligaciones constituyen un vínculo jurídico por el que el deudor debe dar, hacer o no hacer algo en favor del acreedor, cuyo cumplimiento no puede estar sujeto al arbitrio del obligado, por lo que el derecho positivo establece medidas por las cuales el titular de las obligaciones puede exigir y obtener del sujeto obligado que se niegue a la obligación a que la pague.

En el derecho antiguo quien contraía una obligación comprometía su firma para responder por su cumplimiento, de suerte que el acreedor dependía del derecho de dominio sobre la persona del deudor incumplido.

Normalmente la relación acreedor-deudor, respecto del incumplimiento de la obligación, no compromete a la persona sino a su patrimonio por el carácter económico de la misma; es decir, el acreedor no puede perseguir su cumplimiento en la persona del deudor sino en sus bienes, que por su parte pueden no ser suficientes para solventar sus compromisos; para prevenir esta situación el derecho moderno ha establecido medidas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones más allá del patrimonio actual o futuro del deudor, medidas que se denominan cauciones, o las que se definen como la obligación subsidiaria constituida para afianzar el cumplimiento de una obligación principal válida contraída por un tercero o por uno mismo, de manera que aquella no puede existir sin esta.

Las cauciones pueden respaldar la totalidad o parte de la obligación u obligaciones que exceden o son parte de las mismas, pero de ninguna manera mayor que éstas y, se establecen mediante jurisdicción, disposición legal o resolución judicial, es decir, nacen del contrato de la ley o sentencia; y se constituyen respecto de las personas o de sus bienes, deviniendo por tanto en cauciones personales o reales, en función de su división, las personales: en fianza, solidaridad pasiva y cláusula penal y las reales; en prenda e hipoteca como lo trataremos en los numerales siguientes, en el ámbito civil como en el administrativo.

3.1.1 Breve noción general de las cauciones en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo.

El mayor número de obligaciones se generan en los contratos, tanto en los que celebran los particulares como en los que lo hace la administración pública, de manera que las cauciones, que por su naturaleza, exceden a aquellas, se originan igualmente en los contratos civiles como administrativos, de forma que son los mismos para ambos ámbitos, con las diferencias propias entre éstos, determinadas por el hecho de que los civiles comprenden al ámbito del derecho privado y los administrativos al ámbito público, por lo que las primeras se fundan en el principio de la autonomía de la voluntad y las segundas en el principio de legalidad, y de tener por finalidad que su orden es el beneficio personal y el bien público; y que son potestativas a las civiles y obligatorias a las segundas, que algunos aspectos de procedimiento y forma manifiestan también diferencias específicas como se anotará más adelante al analizar las clases de cauciones.

Como se ha expresado precedentemente las cauciones son:

a) Personales, cuyas formas son:

a.1 La Fianza

a.2 La Solidaridad Pasiva

a.3 La Cláusula Penal

b) Reales cuyas formas son:

b.1 La prenda

b.2 La hipoteca.

a. Cautiones Personales.

a.1 La fianza.

La fianza es el contrato mediante el cual una de las partes (el deudor) se obliga para con un tercero a cumplir la obligación u obligaciones presentes o futuras contraídas por la otra parte, además de que por su origen pueden ser: convencional, legal o judicial, según provenga de una convención, de la ley o de una disposición judicial.

La fianza convencional es la de más amplia aplicación, pues al estar celebrada al acuerdo de voluntades, alcanza un universo de posibilidades igual al de las transacciones civiles o mercantiles posibles.

La fianza legal se establece por la ley para asegurar el cumplimiento de obligaciones específicas, igualmente determinadas en la ley.

La fianza judicial es la que se determine u ordene en una resolución de los jueces, magistrados o cortes, siempre que exista jurisdicción legal que fundamente su procedencia.

Caracteres de la fianza.

La fianza se caracteriza por ser subsidiaria y por cumplirse siempre en dinero, pueden ser:

- a. Consensual: porque nace jurídicamente del acuerdo de voluntades entre acreedor y fiador.
- b. Unilateral: pues solo resulta obligado el fiador para pagar la deuda, en consecuencia el acreedor no adquiere obligación alguna, pues la de conservar los derechos en que ha de subrogarse el fiador luego de efectuado el pago nace de la ley y no del contrato de fianza.
- c. Gratuita: porque quien se obliga es el fiador en favor del acreedor que es la común, pero que, en el caso de que el fiador reciba un pago, no se vuelve por esto oneroso, sino simplemente nominado y asumible al contrato de seguro, si la remuneración fuere de cargo del acreedor; y, si lo fuese por el deudor, pierde el carácter anotado y deja de ser gratuito, tanto para el deudor como para el acreedor.
- d. Accesorio o subsidiario: porque a más de acceder a una obligación principal válidamente existente; de que extinguida la obligación principal se extingue la accesorio; de que la acción del acreedor contra el fiador, en los mismos términos y al mismo tiempo que la obligación principal; y que la obligación del fiador no puede ser mayor que la obligación principal, ni en la cuota, ni el rédito, ni al plazo, ni al lugar y forma de pago, sin que pueda serlo en menos.
- e. Patrimonial: porque puede transmitirse en caso de muerte a los herederos del fiador; y,

- f. No condicional: porque el acreedor puede perseguir su pago sin que el deudor haya sido constituido en mora del cumplimiento de la obligación principal; y, toda vez que no constituya condición el que el fiador ha de cumplir la obligación si el deudor principal no lo hace.

Elementos de validez.

La validez del contrato de fianza tiene los mismos elementos que los demás contratos esto es: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

Capacidad: en cuanto la aptitud para adquirir derechos y ejercerlos y contraer obligaciones y cumplirlas, es decir, de ser sujeto activo de derecho o, pasivamente, no encontrarse privado de tal condición por las razones determinadas en la ley.

Consentimiento: las obligaciones no se presumen y cuando son consensuales en el caso, se hace frente a la necesidad del consentimiento, que según el principio, en derecho, puede ser expreso o tácito, se tiene que determinar en qué casos procede el uso del otro, puesto que en lo que a la fianza se refiere debe ser expreso, independientemente del hecho de que no se trata de un contrato solemne.

Objeto: en cuanto la obligación del fiador, es la de pagar una cantidad de dinero, es decir que la fianza no ha de cumplirse entre bienes fungibles o de otra naturaleza, pues ello desvirtuaría su esencia, por lo que derivaría en otra clase de contrato.

Causa: es abstracta en las cauciones, pues se trata de una relación entre tres personas, en la que una de ellas, por orden de la otra, asume la condición de deudor respecto de la tercera, así la causa puede ser, en el caso, de mera liberalidad o la percepción de un pago.

Clasificación de las fianzas

La clasificación de las fianzas puede hacerse desde distintos puntos de vista, así:

- a. Por su naturaleza, en civil y mercantil
- b. Por la garantía que ofrece, en personal y prendaria o hipotecaria
- c. Por su exclusión, en definida e ilimitada
- d. Por su origen, en convencional, legal y judicial
- e. Por su vínculo, en simple y solidaria

Fianza civil y mercantil: en razón de su calidad de accesoria la fianza será civil o mercantil según la obligación, que asegura tenga una u otra de las naturalezas anotadas.

Fianza personal y prendaria o hipotecaria: la fianza es por lo general personal, pero es susceptible de ser respaldada a su vez por una prenda o hipoteca por parte del fiador que asegura así el cumplimiento de la obligación principal y de la que accede a esta. Particular que puede darse porque la fianza personal, por defunción, compromete la totalidad del patrimonio del fiador, por lo que, además la hipoteca puede avalar solo la obligación accesoria o la principal, o las dos, con lo que se produce de hecho la consecuencia de la caución personal y la real, lo que redundará en mayor respaldo para el acreedor que pasa a gozar de tres posibilidades para exigir el cumplimiento de la obligación, a saber: el patrimonio del deudor, el patrimonio del fiador y en el bien hipotecado, aún en el caso que hubiere sido enajenado.

Fianza convencional, legal y judicial: como se expresa anteriormente, la clasificación de la fianza en convencional, legal y judicial proviene de su origen, que puede ser el acuerdo de voluntades, la ley o la disposición judicial en razón de una disposición legal que amerite su procedencia.

Fianza definida o limitada: por su misma denominación se entiende que la fianza es definida y limitada, cuando en el contrato se determina en forma expresa su alcance debidamente delimitado incluso al punto de determinar la cantidad por la que responde; e implementada cuando, a más del valor nominal de la obligación, se incluye lo que le es accesorio, a saber: intereses y costos.

En la delimitación de la fianza debe tenerse en cuenta que el fiador no puede obligarse por más que el deudor principal y que la fianza no se presume sino que se atañe a lo expresamente pactado, lo que es lo mismo, por restringida que sea no puede extenderse a otras obligaciones, ni a otras personas que las afianzadas, ni por más tiempo que el estipulado.

Fianza simple y solidaria: esta clasificación se da en función del beneficio de excusión y división del que goza el fiador simple, quien puede, en ejercicio de los derechos anotados, en su orden remitir el cumplimiento de la obligación al patrimonio del deudor principal en primer lugar y, en dividir el monto de la obligación entre los codeudores en el caso de ser pluripersonal el deudor.

La solidaridad del fiador, le priva del derecho de excusión y del de división en el caso de ser varios los deudores principales, pero no le da, como podría suponerse, la calidad de codeudor solidario, pues conserva su condición de accesoriedad, y, como se expresó precedentemente, solo pierde los beneficios de exclusión y división, a menos que se obligue expresamente como deudor y fiador solidario, en cuyo caso la relación jurídica a de definirse si prevalece la obligación y solidaridad principal o concurre con ella los solidarios y además la solidaridad pasiva que es otra clase de caución personal de la que se ocupa la exposición que sigue más adelante.

Efectos de la fianza.

Para establecer los efectos de la fianza hay que establecer las siguientes relaciones:

- a. Entre fiador y acreedor;
- b. Entre fiador y deudor; y,
- c. Entre cofiadores cuando son más de uno.

Relación entre fiador y acreedor.

Compete al acreedor perseguir del deudor el pago o el cumplimiento de la obligación afianzada, una vez que esta se hace exigible, aun cuando no se haya constituido en mora al deudor principal mediante acción personal contra el fiador y ejecutarla en su patrimonio en virtud del principio de prenda general por el cual quien contrae una obligación, responde de su cumplimiento con su patrimonio.

El acreedor, no puede invocar y para hacerlo valer en contra del fiador, el privilegio de que pueda gozar en contra del deudor principal.

Compete al fiador el ejercicio de los beneficios de orden o excusión y el beneficio de división; y, la excepción de subrogación; y, las excepciones reales o personales.

Beneficio de orden o excusión: consiste en que el fiador, a su arbitrio, y antes de que se proceda en su contra, para obtener el cumplimiento de la obligación afianzada, puede exigir que se lo haga primero en contra de la persona del deudor principal e inclusive, señalar los bienes de éste, con los que puede cumplir su obligación y que, solo en el caso de que éste no cumpla, se proceda contra él.

Beneficio de división: consiste en el derecho del fiador para exigir, en el caso de concurrencia de dos o más fiadores de la obligación afianzada y de un mismo y solo deudor, que no se hubieren obligado solidariamente, a exigir que el monto de la obligación se divida para el número de fiadores a fin de que el acreedor no pueda exigir sino la parte que corresponde al fiador demandado.

Excepción de subrogación: esta beneficia al fiador en el caso de que el acreedor lo hubiese colocado en situación de no poder subrogarse en sus derechos y acciones contra el deudor principal, siempre que esto se deba a culpa o hecho del acreedor y que tales acciones le hayan pertenecido al momento de otorgarse la fianza y que las mismas fueren útiles para el fiador, a fin de que se rebaje de la demanda con que se persiga del deudor el cumplimiento de la obligación principal, el total de lo que el fiador hubiere obtenido por dicha subrogación e inclusive quedar liberado de la caución.

Este beneficio puede ser invocado también por quien hipoteca un bien de su propiedad para abalizar una deuda ajena.

Excepciones reales: son las que el fiador puede oponer al acreedor, las que pueden ser reales y personales, entendiéndose las primeras como las que provienen de la obligación en sí misma, de su objeto y alcance; y, las segundas las personales suyas de él.

Las excepciones reales son: dolo, consecuencia, y caso juzgado, por ende las causales de nulidad absoluta y los modos de extinguirse las obligaciones.

Excepciones personales: son las que corresponden de manera general al deudor, pero que pueden ser opuestas también por el fiador en caso de demanda contra él.

Son la condición y el plazo suspensivo o resolutorio, la cesión de bienes, el beneficio de competencia, la incapacidad relativa, la transacción y los vicios del consentimiento.

Relación entre fiador y deudor.

Para fijar los efectos que se producen entre fiador y deudor es preciso considerar que estos se producen antes del pago y con el pago.

Antes del pago el fiador puede exigir al deudor el relevo de la fianza o le asegure su resultado o le consigne los medios para pagarla. El relevo de la fianza implica la liberación de la obligación accesoria, por lo que ha de contar con el consentimiento del acreedor, pues

de lo contrario conservaría la calidad de fiador; la existencia en cuestión la puede hacer efectiva el fiador en las siguientes situaciones:

- a. Si el deudor disipa o amenaza frecuentemente sus bienes;
- b. Si vence el plazo en que el deudor principal se obliga a obtener el relevo de la fianza;
- c. Cuando se cumpla el plazo o la condición que hace exigible la obligación;
- d. Si han transcurrido más de cinco años desde que se otorgó la fianza, si la obligación afianzada no estuviera o se hubiese contraído por un plazo más largo o para una obligación de duración indeterminada como la que rinden los generadores, usufructuarios u otros; y,
- e. Sí finalmente se teme que el deudor se oculte o fugue sin dejar bienes suficientes para el pago de la obligación principal.

Para el pago el deudor y el fiador deben notificarse el haberlo hecho, pues en la obligación afianzada el pago puede hacerlo, lo mismo el garante que el garantizado, pero si lo hacen sin dar a conocer el particular el uno al otro o viceversa, se desprende de ello, varios efectos a saber:

Si paga el fiador, el deudor puede oponerle todas las excepciones que podía haber invocado contra el acreedor al momento del pago.

Si paga el deudor, y no comunica al fiador sobre este pago, éste puede accionar al deudor para que le indemnice o simplemente acogerse a la acción de reembolso; y por otra parte el pago del deudor es el debido y el del fiador indebido por lo que puede repetir del acreedor lo pagado.

En el caso de que la fianza sea remunerada el fiador tiene derecho a exigir que el deudor le pague lo pactado.

Después del pago el fiador tiene dos posibilidades, la primera es el derecho al reembolso de lo pagado mediante la solución o pago efectivo de la obligación u otro medio de extinguirla, como la dación en pago, la compensación o novación, la pérdida de la cosa que se debe y, además, al reembolso de los intereses, costos y gastos que le han significado merma personal, de lo que se desprende, en contrario, que el fiador no tendrá derecho a reembolso si la obligación se hubiese extinguido por algún medio que no signifique disminución del patrimonio del fiador.

La otra posibilidad es la subrogación legal, por la cual el crédito pasa al fiador, con los mismos privilegios y garantías con que éste hubiere existido en el patrimonio del acreedor, incluso los derechos que hubiere adquirido con posterioridad a la constitución de la fianza, para que opere la subrogación se requiere:

- a. Que el fiador haya pagado al acreedor, extinguiendo la obligación;
- b. Que el pago haya sido útil, es decir, que haya extinguido la obligación; y,
- c. Que la ley no prive al fiador de este beneficio.

Relación entre cofiadores.

Se produce en función de lo que a cada uno corresponde en la deuda, de manera que si uno paga más de lo que le corresponde tiene derecho a subrogación contra los demás cofiadores por el valor del exceso.

Extinción de la fianza.

La extinción de la fianza puede producirse por dos vías, una principal que dice a la fianza en sí misma y otra accesoria en función de la obligación afianzada, así:

- a. Por vía principal, por su relevo en todo o en parte y cuando el acreedor por hecho o culpa suya pierde las acciones en que el fiador tiene derecho a subrogarse; en el primer caso, puede asumirse al modo normal de extinción de las obligaciones que son la remisión o la resolución, en tanto que el segundo constituye un modo sui generis de extinción, aplicable solo a la fianza. Extinción, la anotada, que no alcanza a la obligación principal que sigue vigente.
- b. Por vía accesoria, cuando corre la misma suerte de la obligación principal para su extinción, toda vez que por su carácter accesorio sigue la suerte de la principal, sin cuya existencia no puede a su vez existir, por tanto su extinción se produce por cualesquiera de los medios de extinción de las obligaciones y por la prescripción

a.2 La solidaridad pasiva.

Se considera como la más efectiva de las garantías personales, pues el acreedor puede hacer efectivo su crédito en tantos cuantos sean los deudores solidarios, que no pueden, por cierto, ofrecer los beneficios de orden o excusión y de división. La calidad de la solidaridad

pasiva se hace más potente cuando ésta es asumida por quienes no tienen interés en lo que se debe, sino que concurren a ello solo para garantizar su cumplimiento.

En relación con la fianza la solidaridad pasiva es más efectiva, pero la concurrencia de ésta con la solidaridad, deviene en una situación intermedia, de mayor efectividad para el acreedor.

La solidaridad se define como el derecho que tiene el acreedor, bien sea por ministerio de la ley o por la convención para exigir el cumplimiento de la totalidad de la obligación de uno de los deudores solidarios y que su cumplimiento o pago le extingue respecto de todos los deudores.

Para que exista la solidaridad deben concurrir los siguientes elementos:

- a. Que la parte deudora sea pluripersonal;
- b. Que la prestación sea una y divisible; y
- c. Que sea establecida por la ley o por la convención voluntaria de las partes.

La pluralidad de deudores implica que la obligación no puede asumida por una sola persona, pues en ese caso no existe solidaridad, ya que la esencia de ésta es la de exigir el cumplimiento de la totalidad de la obligación de uno cualesquiera de los deudores solidarios; lo de la totalidad, porque el deudor no tiene obligación de recibir el pago por partes

La prestación de la unidad y divisibilidad de la cosa que se debe previene el que afecte la solidaridad en el caso que exista un objeto indivisible que le daría a la obligación la calidad de indivisible; y, en el caso de ser varios los objetos, la calidad de múltiple; y, en consecuencia la ausencia de solidaridad por individualidad en el primer caso y por multiplicidad de obligaciones en el segundo; sin embargo, debe considerarse que, independientemente de la indivisibilidad de la cosa, ésta puede dividirse de distintas maneras.

Establecida por la ley o por la convención, este elemento hace relación a la fuente de la solidaridad, pues esta puede ser la ley o la convención, que da a la primera la condición de orden público y, el segundo de privado, sea civil, mercantil o de otro carácter y que debe ser pactada expresamente, ya que la solidaridad no se presume, puesto que debe constar en el mismo acto o en otro que haga referencia expresa a éste, independientemente de la causa que asista a todas o cada una de las personas que la contraen.

Los efectos de la solidaridad se dan entre los deudores solidarios y el acreedor y entre solo los deudores.

Efectos de la solidaridad entre los deudores solidarios y el acreedor.

El primer efecto de la solidaridad entre los deudores solidarios y el acreedor se contrae esencialmente a la facultad del acreedor, de obtener de uno cualesquiera de los deudores el cumplimiento o pago de la totalidad de la obligación por la unidad de prestación que asiste a esta clase de obligaciones, por lo que, por otra parte, la acción dirigida contra uno de los deudores no extingue la acción en contra de los demás, sino en la parte que hubiere sido satisfecha por el codeudor demandado, a la que concurre la pluralidad, vínculos que existen en esta clase de relación jurídica; a más de los efectos anotados, que podrían ser calificados de principales, existen otros efectos secundarios como los que, interrumpida la prescripción para uno, se interrumpe para todos; la culpa y la mora de uno afecta a los demás, la sentencia pronunciada en contra de uno produce caso juzgado respecto de todos; la prórroga de jurisdicción respecto de un deudor comparte también extensión para los demás y muchos casos más, que se explican como principales por la unidad de prestación y pluralidad de vínculos antes enunciada o concurre también el principio del mandato tácito y recíproco que obra entre los deudores de la obligación solidaria, por lo que el deudor solidario representa, por ministerio de la ley, a sus codeudores solidarios, por lo que los actos de uno de los deudores solidarios favorecen o perjudican a los demás codeudores solidarios como si los hubieren efectuado personalmente cada uno de ellos.

Los efectos de la solidaridad enunciados como secundarios, pueden ser limitados por estipulación expresa, en cuyo caso no se extenderán a quienes hayan convenido tal limitación.

Efectos de la solidaridad entre los deudores.

Para determinar los efectos de la solidaridad entre los deudores solidarios es preciso fijar primero si la obligación interesa a todos o a uno solo, así, si la obligación se ha extinguido por cualesquiera de los medios para lograrlo, que no impliquen erogación económica, como la remisión total, imposibilidad de la ejecución, prescripción, en que los efectos de la solidaridad cesan definitivamente para las partes, esto es, para los deudores como para el acreedor; más si uno solo de los deudores ha extinguido la obligación mediante pago u otro medio equivalente, necesariamente se producen relaciones internas con los demás codeudores, limitada a la parte o cuota civil o a la previamente establecida en la convención,

para cada codeudor para los efectos del ejercicio de la subrogación en los derechos del acreedor que corresponde al codeudor que ha satisfecho la obligación.

La extinción de la solidaridad va ligada a la extinción de la obligación, así, producida esta, también se extingue aquella. Pero puede producirse la extinción solo de la solidaridad y persista la obligación; extinción que se da por la muerte del deudor solidario o por la renuncia del acreedor a tal solidaridad.

a.3 La cláusula penal

La cláusula penal constituye indudablemente una clase de garantía personal, por la que una persona, se obliga al cumplimiento propio o ajeno de una obligación y a hacerlo en el tiempo convenido, aun cuando se le pueda considerar compensatoria de perjuicios, previamente evaluados, que es una situación por la que también se encuentra conformada y que da paso a la posibilidad de exigir el pago de la multa y el cumplimiento de la obligación principal convencionalmente acordada; situación que abre la posibilidad de exigir solo el pago de la pena, en cuyo caso sería una simple estimación previa de perjuicios y no una garantía; y, en el caso propuesto, ser tal garantía y mirarse la cuestión, como concurrente de los dos supuestos y concluir que la cláusula es una garantía, en cuanto reúne los requisitos teórico-jurídicos-legales, para serlo, que comparta como integrante de la misma, también, una evaluación convencional de los perjuicios.

La cláusula penal, por su naturaleza puede pactarse en el mismo contrato (que es lo más común y que en el caso de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública se dispone como de inclusión obligatoria), en el que se estipulan las obligaciones que se garantizan o por separado y aún a posteriori y con la concurrencia de un tercero que la asume como propia, inclusive en forma solidaria, lo estipulado en la cláusula penal, esto último que no se recoge en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, teniendo en cuenta que si el compromiso es el de realizar solo el pago de la multa, habría novación de la obligación abalizada, y, sí lo es, por el pago de la multa y el cumplimiento de la obligación, los privilegios de los que esta pueda estar asistidas se extenderán solo hasta su valor, sin multa.

La cláusula penal puede abalizar cualquier obligación, sea de dar, de hacer o no hacer, mediante la estipulación de la multa y bien que tal obligación provenga de un contrato, un consentimiento, un delito, un cuasi delito de la ley; y, esta sea pura y simple o sujeta a modalidad, determinada o indeterminada, líquido o ilíquida, civil o natural.

Al tratarse de obligaciones naturales, hay que distinguir si se ha sujetado a la cláusula penal el propio deudor o un tercero, lo que dará lugar en el primer caso, si la cláusula penal accede a una obligación que luego se vuelve natural, la pena seguirá la suerte de la obligación a lo que accede, es decir, la condición de natural, siguiendo el principio de que lo accesorio sigue la suerte de la principal; y, si es un tercero el que asume la multa, para que esta sea una obligación civil, deberá hacerlo cuando la obligación que garantiza ya sea natural y así lo hace cuando aún es civil y luego se hace natural, la obligación accesoria subsistirá con la calidad de natural y el valor que le es propio.

El objeto de la cláusula penal es cualquier obligación, cualquiera sea su origen, calidad y condición y por tanto comporta la posibilidad de pagar una cantidad de dinero o dar una especie o cuerpo cierto o una especie indeterminada de un género determinado.

Las características de la cláusula penal son las de ser:

- a) Una garantía personal;
- b) Una obligación accesoria;
- c) Una evaluación convencional anticipada de los perjuicios;
- d) No estar sujeta a solemnidad;
- e) Estar sujeta a que el deudor sea constituido en mora para su ejecución

Por definición la cláusula penal es una garantía personal por la que el acreedor puede exigir, en primer término el pago de la pena acordada y luego, de haberse así convenido también el cumplimiento de la obligación principal e inclusive de los perjuicios. Los efectos anotados proceden solo por el hecho de ser la cláusula penal una garantía.

La cláusula penal es una garantía personal aun cuando su objeto no se contraiga a pagar una cantidad de dinero, sino, a dar una especie o un cuerpo cierto; por otra parte respalda no solo el cumplimiento de la obligación principal sino también su ejecución oportuna, por lo que, su estipulación más frecuente es para respaldar la estricta observación del plazo.

La accesoriedad de la obligación de la cláusula penal es consecuencia natural de su calidad de caución de garantía, de estar sujeta a la existencia de una obligación principal, para existir.

Por la accesoriedad de la cláusula penal se dan los siguientes efectos:

- a) Extinguida por cualquier medio la obligación principal se extingue la cláusula penal, aunque, puede, extinguirse independientemente de la obligación personal en caso de la pérdida de la cosa que se debe cuando la pena consiste en dar una especie o cuerpo cierto.
- b) Si la cláusula penal garantiza una obligación que pierde su calidad de civil, para convertirse en natural, acarrea esta calidad también a la cláusula penal que la garantiza.
- c) La nulidad de la obligación principal acarrea necesariamente, la nulidad de la cláusula penal, pero la nulidad de esta no afecta a la vigencia de aquella.
- d) Es una evaluación anticipada y convencional de los prejuicios que libera al acreedor de la obligación de probarlos.
- e) La estipulación de la cláusula penal no está sujeta a solemnidades, sin perjuicio de que indirectamente en los casos de que estas sean requeridas para la existencia y validez de la obligación a la que accede.
- f) La incondicionalidad de la cláusula penal se contrae para que su exigibilidad está sujeta para que el deudor haya sido constituido en mora del incumplimiento de la obligación principal.

La cláusula penal se asemeja a otras obligaciones, mas no se identifica con ellas, con las que mantiene diferencias que la singularizan, así:

- a) Si es un tercero el que se obliga a la pena se asemeja a la fianza, pero se diferencia de ella porque la cláusula penal puede ser: de dar, hacer, o no hacer, en tanto que la fianza siempre es de pagar una cantidad de dinero; el fiador no puede obligarse en más que el deudor principal, en tanto que la cláusula penal, en ciertos casos, puede alcanzar el doble de su importe con las obligaciones alternativas se asemeja por la existencia de dos cosas que se deben, la obligación principal y la pena aunque sean obligaciones distintas; en tanto que en las obligaciones alternativas son dos objetos los que se deben por lo que existiendo el uno se cumple en ese la obligación en tanto que en las obligaciones con cláusula penal perdido el objeto de la obligación principal se extingue la pena en razón de su calidad de accesoria.

- b) En las obligaciones alternativas existe un solo objeto debido, pero el deudor puede cumplirla con otro distinto de igual o mayor valor en tanto que en las obligaciones con cláusula penal es el acreedor quien decide demandar la obligación principal o la pena e inclusive las dos si así se hubiere pactado.
- c) Con las arras se asemeja en cuanto al hecho de desistir del contrato quien las ha dado o de desistir el que las ha recibido da lugar en el primer caso a la pérdida de las arras y en el segundo a la devolución de estas dobladas que puede considerarse una aplicación de la cláusula penal por que los presuntos contratantes al desistir de su compromiso incurren en la pena, al perder las arras en la forma antes anotada; pero, en esencia se trata de instituciones diferentes pues la una, las arras garantizan la celebración de un contrato y por tanto se otorgan a priori; y, en la otra la cláusula penal, el incumplimiento de obligaciones establecidas en un contrato ya celebrado, sin que las partes se desprendan de cantidad o bien alguno.
- d) La diferencia con la cláusula de limitación de responsabilidad, estriba en que esta se establece en favor del deudor, disminuyendo o rebajando su responsabilidad y la cláusula penal se establece en favor del acreedor acrecentando su seguridad en cuanto al cumplimiento de la obligación principal.

La exigibilidad de la cláusula penal, procede cuando el deudor ha incurrido en mora del cumplimiento de la obligación principal, por vencimiento del plazo expreso o tácito o por requerimiento judicial; en la mora va implícita la noción de culpa que es el otro requisito para la exigibilidad de la pena, toda vez que no puede existir mora por caso fortuito que es expresamente un eximente de responsabilidad producida la mora el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena, pero no ambas, a menos que exista estipulación expresa en tal sentido, lo que corre también para la indemnización de perjuicios de cuya prueba se encuentra exento.

Aun cuando el acreedor no está obligado a recibir el pago o que se cumpla la obligación por partes, si el deudor, las cumple parcialmente y el acreedor lo acepta, el deudor tiene derecho a que la pena se rebaje proporcionalmente al importe del pago o cumplimiento parcial si la multa se hace exigible a varios deudores para varios acreedores o un solo acreedor la multa se reparte en los términos en que lo son las obligaciones del causante respecto de sus herederos, a menos que la multa se haya asegurado con hipoteca en cuyo caso procede perseguirla en su totalidad en el bien hipotecado, toda vez, que la hipoteca es una caución real y no personal.

La cláusula penal enorme se produce cuando se estipula una pena, cuyo total exceda al duplo de la obligación principal; para que proceda la rebaja hasta el valor máximo anotado, deben concurrir los siguientes elementos, que la obligación principal sea de entregar, una cantidad determinada equivalente a la que debe prestarse y que la multa sea también de cantidad determinada; lo que da pie a un tercer elemento, el de que la fuente de tal obligación sea un contrato conmutativo.

De lo expresado como definición de cláusula penal enorme se exceptúan el mutuo en el cual la multa no debe exceder del máximo del interés legalmente estipulable de cuyo valor debe rebajarse en el caso de exceder de este; y, a las obligaciones de valor inapreciable en las cuales no se fija el monto máximo de la pena ni el consiguiente valor de la rebaja si no que queda al criterio judicial en cada caso lo que la hace no previsional si no casuística.

b. Cauciones reales.

Como se expresa al inicio de este capítulo las cauciones se dividen en personales y reales, las primeras han sido estudiadas precedentemente; y, las reales, se lo hace a continuación.

Las cauciones reales gravan un bien o bienes determinados, muebles o inmuebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación u obligaciones principales que, por el derecho de persecución que otorgan al acreedor no se afectan por el hecho de que el deudor enajene el bien prendado o hipotecado o que el deudor contraiga nuevas obligaciones; estas cauciones son la prenda y la hipoteca.

b.1 Prenda.

Prenda civil.

El contrato de empeño o prenda civil es aquel por el cual el deudor o un tercero entregan un bien mueble al acreedor en respaldo de su crédito, con cargo de restitución al cumplimiento de la obligación principal o para que, se pague preferentemente con el precio de la venta de la prenda en pública subasta, en caso de incumplimiento.

Caracteres de la prenda civil.

Los caracteres de la prenda civil son:

- a) Ser una obligación accesoria.
- b) Ser un derecho real y mueble.
- c) Dar origen a un privilegio.
- d) Constituir un principio de enajenación.
- e) Ser indivisible.

Obligación accesoria, La prenda, como todas las cauciones es una obligación accesoria en cuanto su existencia depende, a su vez, de la existencia de una obligación principal al que accede.

Derecho real y mueble, La prenda es un derecho real constituido sobre un derecho mueble lo primero porque el acreedor prendario ejerce su derecho sobre la prenda y no en relación con la persona, con la facultad de hacerlo en manos de quien la tenga; y lo segundo porque la prenda se instituye solo sobre bienes muebles y se perfecciona con la entrega de la cosa prendada al acreedor.

Origen de un privilegio, Porque pone al acreedor a cubierto de la insolvencia del deudor pues el derecho de prenda se ejerce sobre el bien que lo constituye.

Principio de enajenación, Porque, priva al dueño de la prenda de atribuciones del dominio como el uso y goce del bien constituido en prenda por el desplazamiento de esta y la consiguiente imposibilidad física de hacerlo; y, en la sin desplazamiento por no gozar de la atribución de disponer de la prenda; en definitiva, porque en el fondo hay una limitación del dominio de derecho sobre el bien prendado.

Indivisible, Por qué no puede constituirse sobre una parte del bien prendado si no sobre su totalidad; y, porque no puede ser constituido al deudor prendario si no cuando este cumpla con la totalidad de la obligación principal y lo que acceda a ello como los gastos de mantenimiento de la prenda y los intereses en caso de que se causen.

Efectos de la prenda civil

La prenda civil produce efectos:

- a) respecto del acreedor.
- b) Respecto del deudor.

Respecto del acreedor

Los efectos son:

- a) derechos de retención.
- b) derechos de venta.
- c) derecho de reivindicación.
- d) derecho de pago preferente respecto de los demás acreedores del deudor.
- e) derecho de resarcimiento de los gastos y perjuicios por la tenencia de la prenda.

Derecho de retención, Este derecho permite al acreedor mantener la prenda en su poder hasta que el deudor haya cumplido con la totalidad de la obligación principal, inclusive los gastos y perjuicios ocasionados por su tenencia y los intereses, en caso de que la obligación principal sea la entrega de una cantidad de dinero como en el caso del mutuo prendario.

Derecho venta, Este derecho permite al acreedor obtener la venta de la prenda en pública subasta, para pagarse con el resultado de la misma la totalidad del crédito y anexos según lo expresado en el acápite precedente o a que se adjudique la prenda hasta el monto del crédito y anexos, sin perjuicio de perseguir por otros medios el cumplimiento del resto de la obligación principal si el producto de la venta o el valor de la prenda no fueren suficientes para satisfacer la obligación principal.

Derecho de reivindicación, Este derecho permite al acreedor perseguir el pago de la prenda, recuperándola de quien la tenga, aun del mismo deudor, quien puede oponerse pagando la totalidad de lo que deba más los anexos.

Derecho de pago preferente, Este derecho permite al acreedor pagarse con el producto de la venta o con la adjudicación del bien precedentemente de los demás deudores del acreedor, sin perjuicio de perseguir por otros medios el cumplimiento de la obligación prendaria si el producto de la referida venta o adjudicación fuera insuficiente para la solución de la obligación.

Derecho de resarcirse de los gastos y perjuicios ocasionados por la tenencia de la prenda, Este derecho permite al acreedor exigir al deudor el reembolso de los gastos y el pago de los perjuicios ocasionados por la tenencia de la prenda.

Respecto del deudor

Los efectos de la obligación prendaria respecto del deudor son los derechos de: Derecho de restitución de la prenda una vez satisfecha la obligación principal y sus anexos o cuando el acreedor abuse de ella; a exigir que el acreedor no use la prenda y menos que abuse de ella; a demandar que el acreedor le indemnice por el deterioro de la prenda si este se hubiere producido por culpa del acreedor.

Extinción de la prenda civil. la prenda civil, por ser una obligación accesoria, se extingue, al extinguirse, a su vez, la obligación principal que garantiza, por cualesquiera de los modos de extinción de las obligaciones o por la nulidad o prescripción de la obligación principal; y, en forma directa por la destrucción completa de la cosa empeñada, que en el caso de estar asegurada da lugar al pago de la obligación principal contra el importe de la indemnización por el siniestro de la prenda; por pasar el acreedor a ser dueño de la cosa prendada a cualquier título, ya que no es procedente tener derecho de prenda sobre un bien propio; y, si por el cumplimiento de una condición resolutoria, quien constituyo la prenda pierde el dominio sobre la misma.

b.2 Hipoteca.

La hipoteca es el derecho de prenda constituida sobre un bien raíz o una nave, que permanece en poder de quien la constituye y da derecho al acreedor hipotecario de perseguirla en manos de quien se encuentre y pagarse preferentemente con el producto de su subasta.

Caracteres.

Los caracteres de la hipoteca son:

- a) es un derecho real.
- b) Es una limitación del dominio.
- c) Es accesorio.
- d) Da derecho preferente.
- e) Constituye un principio de enajenación.
- f) Es indivisible.

Es un derecho real, porque se lo ejerce sobre el bien grabado que es necesariamente un inmueble, derecho real o nave con independencia de la persona, por lo que faculta al

acreedor a perseguir el bien hipotecado en manos de quien se encuentre cualquiera sea el título por el que lo haga.

Es una limitación del dominio, en cuanto el propietario del bien hipotecado no puede ejercer en el mismo la suma de derechos que constituye el dominio, como el no gozar de él en términos que lesionen el derecho del acreedor hipotecario, ni abusar de él, al destruirlo.

Es accesorio, por el hecho de ser una caución requiere necesariamente de la existencia de una obligación principal a la que accede, sin la cual, no existiría.

Es un principio de enajenación, en cuanto que al gravarse, el bien raíz, se compromete una parte del dominio, que en sí mismo, naturalmente, es un principio de enajenación, sustentado además por la facultad que tiene el acreedor para demandar la venta en pública subasta del bien hipotecado; y por otra parte, es exigencia para la constitución de una hipoteca que el instituyente tenga capacidad para enajenarlo.

Es indivisible, porque cada una de las partes del inmueble hipotecado garantiza la totalidad del crédito y, por que cada parte de este está abalado por la totalidad de la finca hipotecada.

Efectos de la hipoteca.

Los efectos del derecho de hipoteca se establecen, en razón de su existencia, de la situación del propietario del bien hipotecado y de la del acreedor hipotecario.

Extensión de la hipoteca, esta alcanza a más del bien en sí mismo también a los inmuebles por destinación, es decir los bienes muebles que por accesión adquieren la calidad de tales; los aumentos y mejoras que reciba o se hagan en la finca hipotecada es decir de todo lo que pase a formar parte de ella, para su uso explotación; el precio de la expropiación en caso de venta forzada, por utilidad pública, a favor del estado; la indemnización debida por el asegurador en caso de siniestro, de estar asegurada la cosa hipotecada; la servidumbres activas de que goce el predio hipotecado que, aunque no son hipotecables, se comprenden en la hipoteca del predio dominante; y, la medianía de que goce el predio hipotecado.

Efectos para el deudor.

Los efectos que la hipoteca genera para el dueño del bien sea esta el propio deudor o un tercero deben considerarse en función de tres momentos: el que media entre la constitución

de la hipoteca y el ejercicio por parte del acreedor de la acción hipotecaria; y, del tiempo que sigue a este hecho en el primer lapso el dueño del bien hipotecado goza de su tenencia y del ejercicio de todos los derechos del dominio inclusive el de disponer del bien gravado y de volverlo a grabar en sí mismo y en sus extensiones anteriormente anotadas siempre que tales actos no afecten el derecho del acreedor en cuanto a la suficiencia de la garantía para cubrir el cumplimiento de la obligación hipotecaria; en este caso el acreedor puede pedir que se mejore la hipoteca con otros bienes o se le dé otra seguridad equivalente o en su defecto a demandar el cumplimiento inmediato de la obligación, independientemente del plazo y a perseguirla en el bien hipotecado.

En lo que sigue al ejercicio de la acción hipotecaria por el acreedor el dueño del bien hipotecado pierde su tenencia y por tanto el ejercicio de los derechos de dominio, en virtud de que, el embargo del inmueble alcanza no solo al bien en sí mismo, sino también a los que lo son por accesión, por destinación o incorporación, y sus frutos o renta se imputan al pago de la obligación principal.

Efectos para el acreedor.

Los efectos que la hipoteca genera para el acreedor hipotecario son los derechos: de venta de persecución, y, de pago preferente esto es en su orden el acreedor puede demandar la venta del bien hipotecado en pública subasta; perseguir el cumplimiento de la obligación en el bien hipotecado con independencia de quien lo tenga y del título a que lo haga; exigir el cumplimiento de la obligación con precedencia al resto de acreedores.

Extinción de la hipoteca.

La hipoteca se extingue en primer término y de manera general junto a la obligación principal a la que accede; y, también en forma directa, por la resolución del derecho de quien la constituyo o por el evento de la condición resolutoria, o por la llegada del día hasta el cual se la constituyo; por la cancelación expresa del acreedor, por escritura pública, por la nulidad de la obligación principal o de la propia hipoteca; por consolidación del derecho de dominio del acreedor sobre el bien hipotecado.

3.2 Régimen de garantías en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Como se expresa anteriormente el contrato administrativo es una de las formas de expresión de la actividad de la administración pública, cuya especificidad, la aporta la singularidad de sus elementos caracteres y efectos, cuya denominación de administrativo obedece a que el Estado tiene una personalidad o personería jurídica única que exorbita el derecho privado por lo que no se puede tratar la forma de relación jurídica como contratos privados civiles del Estado que no se rigen por esta parte del derecho sino por el público, sin que dejen de participar por esto de los elementos comunes a los contratos en el derecho privado, particularmente en las ramas del derecho civil y mercantil, pero con variantes que dependen del interés superior del Estado, que justifica la exorbitancia de la convención administrativa respecto de la convención privada y civil.

Lo expresado, corre también para el caso de las garantías que exige el Estado para salvaguarda de sus intereses, especialmente contractual, pues siendo estas accesorias participan de los caracteres esenciales de los contratos a los que acceden, en el caso con la exorbitancia propia de la convención administrativa y de las disposiciones y normas establecidas por el Estado, que por su condición de públicas, prevalecen sobre las privadas y dentro de estas sobre las civiles.

Así, para analizar las garantías en el sistema de contratación pública y en particular en las establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se debe tener en cuenta el régimen civil de las cauciones tratadas precedentemente y las particularidades establecidas en la ley anotada.

3.2.1 Las garantías en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El régimen de garantías establecido en el capítulo tercero de en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones establecidas en el contrato y de las que puedan derivarse a terceros vinculados con el mismo; la amortización del anticipo en los casos en que este se prevea en la forma de pago; la calidad y eficiencia de los bienes y servicios que se prevean o que se incorporen a las obras; que las prestaciones que constituyen el objeto del contrato se cumplan oportunamente en los tiempos y plazos convenidos; todo, a través de cauciones en su beneficio como contratante con la calidad de acreedor de las obligaciones que asume

el contratista con la calidad de deudor y, con la relación jurídica que por las mismas establece con el caucionante; caución, remunerada por el contratista – deudor, por cuya cuenta corren también los respaldos que exija el garante.

Garantía del fiel cumplimiento del contrato.

Esta garantía tiene por objeto asegurar el cumplimiento del contrato y de obligaciones derivadas de este a terceros relacionados con el mismo como lo puntualiza el Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuyo valor es del 5% de la cuantía del contrato; alcance o cobertura que se enumera en la misma disposición; y, que debe ser entregada por el contratista en forma previa a la celebración del contrato en cualesquiera de las formas determinadas en el Art.73 de la misma ley.

Garantía por anticipo.

La garantía por anticipo constituye un requisito para su desembolso en el caso de que se lo haya estipulado en la forma de pago del precio del contrato, en segundo lugar debe otorgarse por el ciento por ciento del valor del anticipo; y en tercer lugar abaliza la amortización de la cantidad entregada, mediante la alícuota convenida, en las planillas de pago o el acto de entrega provisional de las obras, bienes y servicios, que constituyan el objeto del contrato.

El Art. 75 no considera a la carta de crédito como anticipo pues esta por sus condiciones es por si misma medio de pago y garantía de entrega de los bienes cuyo precio soluciona; pago que se realiza al embarque o entrega de los bienes mediante su negociación con el banco emisor.

Garantía técnica para ciertos Bienes.

Esta garantía asegura la calidad, funcionamiento y eficacia de los bienes que se adquieren o proveen o se incorporan o se instalan o se incorporan a obras u otros bienes, cuyo fiador es el fabricante.

3.2.2 Las multas, de introducción obligatoria, como garantía no prevista como tal en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Análisis, Supuestos y Efectos.

La cláusula penal es una forma de caución personal analizada anteriormente, en el capítulo tercero de la presente investigación bibliográfica y que, en el caso específico de las garantías de los contratos celebrados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, está regulada como de inclusión obligatoria en el Art. 71. Está llamada a balizar principalmente el cumplimiento oportuno en el tiempo o plazo estipulados, de la obligación principal, cuyo incumplimiento genera, precisamente, el cobro de la multa.

La cláusula penal es por definición una garantía por la que el propio deudor o un tercero responden por el cumplimiento de la obligación personal o el tiempo en que ha de hacérselo, comprometiéndose al pago de una cantidad fija, en caso de no hacerlo y que conlleva como se ha explicado en el capítulo citado la pre evaluación de los perjuicios que tal incumplimiento genera al acreedor.

La cantidad convenida se denomina multa, y como tal constituye una sanción a la que se somete quien la estipula, sea este el propio deudor o un tercero.

3.2.3 Formas de otorgamiento de las garantías.

Garantía otorgada por un banco o institución financiera.

Esta forma de garantía se instrumenta a través de un documento emitido por un banco, al que se denomina carta de garantía bancaria, por el que el banco o entidad emisor, por cuenta propia o por orden de otro nacional o extranjero se compromete a responder hasta por una cantidad determinada que constituye su valor nominal el cumplimiento de la obligación u obligaciones contraídas por una persona (deudor) que en el caso, por tratarse de la administración del Estado admite la cláusula exorbitante de ser incondicional, irrevocable y de cobro inmediato de manera que la caución no puede extinguirse por cumplimiento de condición resolutoria ni puede el fiador ser elevado de su obligación ni en todo ni en parte y, para su cobro no requiere que el deudor haya sido constituido en mora y, basta para el mismo la afirmación del órgano administrativo beneficiario; excluye todo beneficio o excepción que corresponda al deudor o cualquier preferencia para el cobro. Lo anotado hace, esta forma de garantía diferente de las fianzas comunes civiles.

Cuando la carta de garantía bancaria se emite por cuenta y orden de otro banco o entidad financiera nacional o extranjera, el emisor asume tácitamente la obligación de mandatario pero con la obligación de cumplir con el pago independientemente de que el mandante sitúe los fondos para hacerlo.

Fianza instrumentada en póliza de seguros.

Esta forma de garantía participa de lo anotado en el párrafo precedente, con la aclaración de que por su naturaleza la póliza de seguro no es una fianza ni es una obligación accesoria sino y por el contrario un contrato principal de la rama mercantil del derecho privado, por el cual una persona responde por el riesgo que corre un bien que de producirse da lugar al siniestro y al derecho del beneficiario de reclamar la indemnización convenida; pero al que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública le da expresamente la condición de fianza en el que el riesgo asegurado es el cumplimiento de la obligación u obligaciones del deudor, por lo que producido el incumplimiento, que vendría a ser el siniestro, da derecho al acreedor y beneficiario a reclamar la indemnización convenida.

Esta forma de fianza obra de un documento emitido por una compañía de seguros denominado Póliza de Fidelidad, para diferenciarla o identificarla dentro del universo de pólizas de seguro.

Hipoteca.

Esta es una garantía real que se constituye sobre un bien inmueble que da derecho preferente al acreedor hipotecario para perseguir en él, el cumplimiento de la obligación u obligaciones garantizadas con la hipoteca. Que debe tener un avalúo catastral superior al 60% de la obligación garantizada, en al menos el 40%. La hipoteca en cuestión debe tener el orden de primera.

Depósito de bonos, certificados de tesorería y otros.

Esta garantía no constituye un contrato de depósito pues este es, por su naturaleza, principal; por lo que la entrega de los títulos valores señalados en el numeral 4 del Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es por su esencia una caución real de prenda por la que el deudor abaliza el cumplimiento de su obligación u obligaciones mediante la entrega de los títulos, valores en referencia para que el acreedor, se pague preferentemente el valor de la caución con lo que resulte de la negociación de los títulos en referencia o los retenga para si hasta por el valor garantizado. La diferencia entre

el valor nominal de los títulos y el valor garantizado pertenece al pignorante así como los intereses o beneficios que produzcan.

Certificados de depósito a plazo.

Esta garantía se instrumenta mediante la sesión por endoso del título al acreedor por valor en garantía. Sesión que no puede remitirse sino por el pago del valor garantizado en el caso de incumplimiento de la obligación u obligaciones principales, por parte del contratista-deudor.

Es común al efecto de extinción de las formas de garantía analizadas precedentemente, que el cumplimiento de la obligación u obligaciones del contratista deudor solo se produce por la entrega recepción definitiva de los bienes o servicios, construcción, instalación, etc, que constituyen el objeto del contrato y que se acredita con el acta de entrega recepción que recoge el otorgamiento del acto indicado.

3.2.4 De las excepciones

El inciso 6 del artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que en los contratos a los que se refiere el número 8 del artículo 2 de la Ley, no se requerirá la expedición de garantías.

Estos contratos son:

“Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre si, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a

entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública; y,”

El artículo 71 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública no hace indicación alguna respecto a si la incorporación obligatoria de las ahí denominadas “multas” tiene como excepción los contratos referidos en el número 8 del artículo 2.

En este apartado es importante resaltar la importancia que tiene el que la Ley caracterice adecuadamente como garantía a la cláusula penal, que como multa, se estipula en el artículo 71 de la Ley; por cuanto de tal caracterización se desprende si la excepción alcanza también o no a la denominada “multa”, es decir, a la cláusula penal que éstas implican como garantía del cumplimiento de las obligaciones del contratista en los plazos establecidos en el contrato.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Conclusiones

De la investigación bibliográfica precedente se concluye:

- a) El contrato administrativo y consiguientemente el contrato accesorio de caución o garantía mantienen los elementos de existencia y validez de los contratos que se rigen por el derecho privado, civil o mercantil principalmente. Con las peculiaridades que le aporta la normativa de orden público, por las que se rige el Estado. Que le da al referido contrato administrativo un carácter especial y preferente en el amparo de los derechos que corresponden al Estado o de las obligaciones que asume.
- b) Los contratos privados, principales y accesorios, civiles o mercantiles se rigen con aplicación del principio de la autonomía de la voluntad y que el contrato administrativo como los actos de la administración, se rigen con la aplicación del principio de legalidad.
- c) Que los contratos privados, principales y accesorios, civiles o mercantiles admiten pacto contrario de la normativa que los rige en todo aquello que dice al interés personal de los contratantes que son los denominados derechos denunciabiles. Que en el contrato administrativo como los actos de la administración no admiten pacto en contrario por ser de orden público y constituir por tanto derechos irrenunciabiles.
- d) Que las cauciones en el orden civil y mercantil pueden ser condicionadas, pueden ser remitidas, pueden extinguirse por cualquiera de los medios establecidos en el código civil. Que las cauciones, en la contratación administrativa por el contrario no admiten condición, no admiten remisión y no pueden extinguirse sino en la forma determinada por la Ley.
- e) y Con base en las conclusiones anteriores, que la cláusula penal es una caución, que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 71, se la dispone como multa de inclusión obligatoria, dentro del capítulo correspondiente a los requisitos y forma de los contratos, a pesar de que sus efectos en la ejecución contractual son, precisamente los de una garantía conforme se desprende del texto de la disposición anotada.

4.2 Recomendaciones

- a) Que la disposición del Art. 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de las multas de inclusión obligatorias que garantizan el cumplimiento de los plazos, debería incluirse en un artículo independiente, dentro del capítulo

correspondiente a las garantías y modificarse los artículos correspondientes para la plena coherencia del texto legal.

b) Expedir la ley reformativa que recoja la recomendación precedente.

4.3 Propuesta Jurídica para la reforma del capítulo II y III del título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Una vez analizado el marco conceptual referido a las obligaciones, los contratos y las cauciones como obligaciones accesorias y atendiendo a las conclusiones y recomendaciones formuladas en el presente trabajo de investigación, se ha elaborado la siguiente propuesta de reforma.

PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Motivación:

El artículo 134 de la Constitución reconoce el derecho de los ciudadanos a presentar proyecto de ley, con sujeción a lo dispuesto en el artículo citado.

El actual Sistema Nacional de Contratación Pública, se rige por su correspondiente Ley Orgánica expedida por la Asamblea Nacional Constituyente, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) No. 395 de 4 de agosto de 2008.

La ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene por objetivo establecer los principios, normas y procedimientos que regulan la actividad del Estado respecto a la contratación que éste realiza para la adquisición o arrendamiento de bienes y ejecución de obras o servicios para el cumplimiento de sus fines.

La ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Título IV “De los Contratos”, establece los requisitos y formas de los contratos fuente de las obligaciones cuyo cumplimiento busca garantizarse con las disposiciones del capítulo III del mismo Título.

No obstante que la ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, guarda un orden coherente en su estructura, conforme se desprende de lo señalado anteriormente, dispone

dentro del capítulo II, de los requisitos y formas de los contratos, en el artículo “71- Cláusulas obligatorias”, el establecimiento de penalidades para avalar el cumplimiento de determinadas obligaciones de plazo, es decir, la inclusión de una cláusula penal que es de acuerdo a la clasificación de las cauciones, una clase de garantía personal.

La ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece, a fin de garantizar la idoneidad de los procesos contractuales y el cumplimiento de las obligaciones que asumen los adjudicatarios de dichos procesos hacia con el Estado o terceros relacionados al proceso adjudicado, un régimen de garantías contenido en el capítulo III de su título IV, en el que se establecen las garantías que han de expedirse a favor del Estado; la forma en la que las mismas han de rendirse; así como, otras disposiciones aplicables a ellas.

Esta situación lleva a considerar si las multas de inclusión obligatoria, que son una caución deben estar establecidas, delimitadas y reguladas en el capítulo de la ley del Sistema Nacional de Contratación Pública que trata del régimen de garantías (título IV capítulo III) y no en lo correspondiente al capítulo referido a los requisitos y forma de los contratos como está actualmente incluida en la Ley; pues las referidas multas deben ser tratadas como garantía, es decir como una obligación accesoria y no como una obligación principal como podría entenderse de la ubicación y tratamiento que le da la ley vigente.

Es necesaria para la correcta aplicación de la norma en el manejo de las multas como cláusula penal en los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que la citada garantía forme parte del capítulo correspondiente.

Con base en la motivación precedente la presente propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ordena y caracteriza de forma adecuada a la cláusula penal, ya existente en la Ley pero inadecuadamente ubicada y tratada, a través de modificar el artículo 71, eliminar el artículo 74 y agregar un artículo a continuación del art. 76.

Reforma:

Artículo1.- Modifíquese el artículo 71 para que diga:

Art. 71.- Cláusulas obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas referidas a las garantías señaladas en el Capítulo III del Título IV

de la presente Ley, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Artículo 2.-Elimínese el inciso final del artículo 74.

Artículo. 3.- Agréguese a continuación del artículo 76 el siguiente artículo

Art... Garantía de cumplimiento de plazos.- Con el objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales respecto a los plazos en que las mismas han de cumplirse, se establecerá la correspondiente cláusula penal.

Las multas establecidas en la cláusula penal, “se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso”.

“Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista”.

El entrecomillado corresponde al texto del penúltimo inciso del artículo 71 e inciso final del artículo 74 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

BIBLIOGRAFÍA

Libros de Doctrina:

- Alessandri Rodríguez, Arturo. Teoría de las obligaciones. Editorial Ediciones librería del profesional, Bogotá, Colombia 1983.
- Arnau Moya, Federico. Lecciones de Derecho Civil II. Editorial Publicacions de la Universitat Jaume, Castelló de la Plana, España 200872009.
- Cabanellas, Guillermo. Diccionario de derecho usual. Editorial Bibliográficas Omeba, BS AS, Argentina, 1962
- Ordoqui Castilla Gustavo, Lecciones de Derecho de las Obligaciones Tomo I Ediciones “Del FORO S.R.L”, Montevideo, Uruguay, 1998
- Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis, Bogotá, Colombia 2008.
- Reyes Mendoza Libia. Derecho Romano II. Editorial Red Tercer Milenio S.C., México, México 2012.
- Sayagüez Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo Tomo I y II. Editorial Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A, Montevideo, Uruguay, 1974.

Normas Jurídicas:

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Código Civil del Ecuador.

Enciclopedias:

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Driskill S.A., BS AS, Argentina, 1981.