



UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**“LA LEY ORGÁNICA PARA LA REGULACIÓN DE LOS CRÉDITOS PARA
VIVIENDA Y VEHÍCULOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO GENERAL DE
PRENDA”.**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES
DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA Y LICENCIADA
EN CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.

AUTORA:

FANNY LUCIA SUÁREZ PESÁNTEZ.

DIRECTOR:

DR. EDGAR GEOVANNI SACASARI AUCAPIÑA.

CUENCA – ECUADOR

2013



RESUMEN

El derecho general de prenda se encuentra consagrado en nuestro Código Civil, al igual que en el resto de legislaciones del mundo occidental que han recibido la influencia del Derecho Romano. Este derecho se refiere a la responsabilidad patrimonial ilimitada que tiene el deudor frente a su acreedor, cuando contrae una obligación para con aquel, sabiendo que por ese solo hecho queda sometido al principio universalmente conocido: *quien se obliga, obliga sus bienes*, es decir, el deudor, al adquirir un crédito, sabe perfectamente que compromete íntegramente su patrimonio.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2367 *ibídem*, el acreedor podía perseguir, sin mayor restricción, el pago de la prestación adeudada en todos los bienes del deudor, actuales o futuros, muebles o inmuebles, únicamente con excepción de los inembargables, en suma, sobre todo el patrimonio del deudor tal como éste se encontraba al momento de la ejecución; sin embargo, en la actualidad ésta disposición, a partir de la vigencia de la Ley Hipotecaria, fue modificada en el sentido de que tampoco será aplicable a los *demás casos previstos en la ley*, esto es, a los créditos hipotecarios, como a aquellos obtenidos para la adquisición de vehículos previstos específicamente en aquella última reforma, con lo cual el principio general, a nuestro entender, ha sido considerablemente debilitado.

PALABRAS CLAVES:

Obligación, garantía, hipoteca, prenda, pago efectivo, ejecución, patrimonio y excepciones.



ABSTRACT

The general law of pledge is established in our civil code; it is also in all legislation from the western world. It has been gotten Roman law influence. It is referenced about unlimited inherited responsibility that the debtor has in front of his creditor when he has an obligation to word him. For this reason the debtor knows, he is down universal principle known who commit oneself, obligate his/her properties” if the debtor had taken on a commitment. The debtor would have known his/her patrimony is entirely obligated.

In base to know in the 2367 art ibidem, the creditor can recover the debtor he doesn't have any restriction to get the debtor's payment with all properties of the debtor, present, future properties, but there is an exception exempt property. Remember the patrimony should execute like it was nevertheless, actually this regulation for the validity of the mortgage law. It was changed earlier art ibidem in the sense that neither it will apply “the rest cases expected in the law”. It is the mortgage credits, like whose got to the acquisition of vehicles that were in the last reform for this reason universal principle had been weakened considerably.

KEY WORDS:

Obligation, guarantees, mortgage, security, cash, payment, execution, patrimony and exceptions.



ÍNDICE

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	10
CAPITULO I.....	13
LAS OBLIGACIONES.	13
1.1.- Generalidades y definiciones.	13
1.2.- Caracteres de la obligación.	16
1.3.- Elementos.	18
1.4.- Clasificación de las obligaciones.	19
1.4.1 Concepto y características de cada una de ellas:.....	21
1.5 Efectos de las Obligaciones.	37
CAPITULO II.....	41
EL CONTRATO COMO FUENTE PRINCIPAL DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS ACCESORIOS O DE GARANTÍA TRADICIONALES.	41
2.1. Generalidades y definiciones.	41
2.2. Elementos o requisitos constitutivos del contrato.	42
2.3. Clasificación y efectos de los contratos.	43
2.4 Los efectos de los contratos.	52
2.5 El derecho general de prenda.-Generalidades.....	58
2.5.1 Las garantías.....	58
2.6 El contrato de prenda civil y mercantil.	60
2.7.- El contrato de Hipoteca.....	62
CAPITULO III.....	72
EL PAGO COMO MODO COMÚN PARA EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES Y LA EJECUCIÓN FORZADA DE LAS OBLIGACIONES DE DAR.	72
3.1.- El Pago.- Generalidades.....	72
3.2.- Del pago efectivo en general. Concepto.	72
3.3. Por quién y a quién debe hacerse el pago.....	73
3.4.- Cómo, cuándo y dónde debe hacerse el pago.	79
3.5.- Efectos del pago.....	86
3.6.- La ejecución de las obligaciones de dar (pago de dinero) en caso de incumplimiento por parte del deudor.....	87



3.7.- El alcance del principio: Los bienes del deudor son prenda general del cumplimiento de sus obligaciones.....88

CAPITULO IV90

LA NUEVA LEY “HIPOTECARIA” ECUATORIANA.....90

4.1 Antecedentes.90

4.2 La Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, análisis crítico y pormenorizado de cada una de sus disposiciones y comentarios al respecto.92

CONCLUSIONES 110

BIBLIOGRAFÍA 113



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Fanny Lucía Suárez Pesántez, autora de la tesis "La Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos y su incidencia en el derecho general de prenda", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 11 de Diciembre de 2013

Fanny Lucía Suárez Pesántez.
0105465678

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



UNIVERSIDAD DE CUENCA

Fundada en 1867

Yo, Fanny Lucia Suárez Pesántez, autora de la tesis "La Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos y su incidencia en el derecho general de prenda", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, 11 de Diciembre de 2013

Fanny Lucia Suárez Pesántez
0105465678

Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad. Resolución de la UNESCO del 1 de diciembre de 1999

Av. 12 de Abril, Ciudadela Universitaria, Teléfono: 405 1000, Ext.: 1311, 1312, 1316

e-mail cdjbv@ucuenca.edu.ec casilla No. 1103

Cuenca - Ecuador



DEDICATORIA

Con todo mi corazón a DIOS por ser quien guía mi camino, a mis padres por haberme dado su amor y apoyo incondicional en todo momento y, a mis hermanas por ser y estar, por compartir el espacio y los momentos significativos.



AGRADECIMIENTO

Expreso mi sincero agradecimiento a DIOS, por sus dones: Vida, Salud y Sabiduría. A mis padres por su constante amor y apoyo incondicional; y, de manera especial, mi sincera gratitud al Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña por guiarme en la elaboración y redacción de la presente tesis.



INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realiza un estudio y análisis jurídico crítico acerca del derecho general de prenda y de cada una de las disposiciones constantes en la Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, la misma que se encuentra vigente desde su publicación en el Suplemento del Registro Oficial # 732 del 26 junio de 2012 y con la cual generó excepciones significativas a la aplicación del principio inicialmente enunciado. Este cuerpo normativo, conocido comúnmente como “Ley Hipotecaria” fue discutida y aprobada para proteger en sus patrimonios a los deudores que atraviesan épocas de crisis y que no pueden atender oportunamente sus obligaciones relacionadas, exclusivamente, con créditos obtenidos para adquirir viviendas y vehículos que reúnan las condiciones en ella establecidas. En definitiva, el objetivo fundamental de la novísima ley es impedir que el deudor responda con TODO su patrimonio personal por el cumplimiento de una obligación de crédito alcanzada para adquirir una vivienda o un vehículo cuyo destino sea el uso familiar o personal.

Como sabemos, lo últimamente expresado contraviene el viejo e importante principio “de que los bienes del deudor son prenda general del cumplimiento de las obligaciones”, principio que en nuestro caso concreto se encuentra regulado en el título XXXIX del libro IV del Código Civil, cuando aborda la prelación de créditos, particularmente en su artículo 2367, que establece que: “El acreedor tiene el derecho de garantía general sobre todos los bienes raíces o muebles presentes o futuros del deudor...”, es decir, que cuando se contrae una obligación, automáticamente, estamos comprometiendo para garantizar el cumplimiento de la misma, todos nuestros bienes comerciables que se encuentran en nuestro patrimonio, tanto presentes y como futuros.



Con la vigencia de la Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, ya no se aplica ni aplicará en adelante el contenido de la norma antes transcrita, en los casos previstos en sus peculiares disposiciones, constituyendo así una excepción al derecho general de prenda antes indicado. De igual manera, tampoco será aplicable el artículo 2327, que trata sobre la acción real y personal que tiene el acreedor hipotecario, para hacerse pagar con los bienes del deudor, en caso de insuficiencia de la garantía real otorgada para respaldar la acreencia.

Con el desarrollo de esta tesis tratamos de determinar lo más objetivamente posible, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la incidencia de la Ley “Hipotecaria”, frente al derecho general de prenda en el Ecuador y los efectos que ella generará en el ambiente crediticio nacional e internacional. Para esto, en el primer capítulo realizamos, en términos muy generales, un análisis de todo lo concerniente a las obligaciones, su concepto, elementos, clasificación y efectos. En el segundo capítulo revisamos el contrato como fuente principal de las obligaciones; su clasificación y efectos que genera entre las partes, así como también los principales contratos accesorios o de garantía tradicionales, esto es, el contrato de prenda y el contrato de hipoteca. Luego, en el tercer capítulo, abordamos la figura del PAGO (solución efectiva) como modo común para extinguir las obligaciones y la ejecución forzada de las obligaciones de dar (pago de dinero) en caso de incumplimiento por parte del deudor y, además, el alcance del derecho general de prenda en el Ecuador. Finalmente, en el capítulo cuarto, efectuamos un análisis crítico y pormenorizado de cada una de las disposiciones que son parte de La Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos plenamente vigentes en los actuales momentos en el país, espacio en el cual, con imparcialidad, seriedad y responsabilidad exponemos nuestros comentarios y posición personal al respecto, razón principal de este trabajo.



El desarrollo de esta tesis culmina con el señalamiento de algunas necesarias y hasta imprescindibles conclusiones a las que hemos llegado y para que sean consideradas por el lector y, de ser el caso, incluso debatidas en espacios académicos y no académicos por parte de quienes, de alguna manera, se encuentran o encontrarán vinculados con este trascendente tema.



CAPITULO I

LAS OBLIGACIONES.

1.1.- Generalidades y definiciones.

Generalidades.- Las obligaciones tienen que ver sustancialmente con los derechos personales, aunque no son del todo ajenas al concepto de los derechos reales, como ocurre, por ejemplo, con los derechos reales de garantía. La relación jurídica en los derechos personales nace forzosamente entre dos o más personas; en cambio, en los derechos reales, esta relación se establece entre una o más personas y las cosas. Para algunos comentaristas, entre ellos De Gaspari y Morello, el derecho personal no constituye una facultad para exigir una conducta determinada a otra u otras personas, sino, más bien, una potestad sobre los bienes del deudor; sólo que, mientras en los derechos reales esta potestad se ejercita sobre una cosa determinada, en los derechos personales recae sobre el patrimonio en general, lo cual, de este modo, explica el porqué del llamado “derecho general de prenda”.

Parecidos puntos de vista sostienen también algunos juristas franceses como Marcel Planiol, Josserand, y otros. La clasificación de los derechos en reales y personales fue admisible cuando podían, en sentido estricto, intentarse acciones puramente personales según la concepción que de ellas se tuvo en el Derecho Romano, es decir, cuando era posible ejercitarlas contra la persona del deudor. Ahora no hay prisión por deudas ni arraigo para los deudores nacionales y es el patrimonio, si existe, el que responde por las obligaciones, como se deduce de las normas contenidas en nuestro Código Civil en los Arts. 2367 y 2371, tomando en cuenta las respectivas excepciones.¹

¹Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 14,15.



Al decir de algunos autores, el Derecho Romano primitivo desconoció el *concepto abstracto* de la obligación: en los primeros siglos de Roma, solamente existió la noción del “obligado”, que era la de un ciudadano *sui iuris*, quien, en virtud de una *damnatio*, tenía que trabajar como esclavo en casa de otro, cargado de cadenas, de donde le vino el nombre de obligado (*obligatus*). Es decir el derecho romano primitivo, ajeno a las elevadas concepciones doctrinarias, consideró que todos los derechos patrimoniales eran vínculos puramente materiales y concretos que, unas veces, recaían sobre una cosa utilizada por el titular, y otras, sobre la persona obligada, también reducida así a la categoría de cosa. Pero una *lex* (la *Poetelia Papiria*) del año 457, redimió al deudor de la esclavitud, la venta y la muerte, que todo esto era permitido antes de dicha ley, y así comenzó a formarse el que se ha llamado “concepto abstracto de la obligación”, para significar que esta ya no recae directa y concretamente sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio.

Este concepto abstracto de la obligación, que ya se encuentra claramente perfilado en las definiciones de los jurisconsultos romanos de la época clásica, es el de un vínculo jurídico (*iuris vinculum*), en virtud del cual una persona llamada *deudor* (*debitor*) tiene la necesidad respecto de otra llamada *acreedor* (*creditor*) de ejecutar una prestación (*dare, prestare, facere, non facere*), con el ítem más de que, a partir del Edicto Rutiliano (del pretor Plubius Rutilius, año 636), si bien se conservó la prisión privada por deudas y la obligación para el deudor de trabajar en provecho del acreedor, ya se hizo también efectiva la responsabilidad de dicho deudor sobre su patrimonio (*venditio bonorum*).²

Definición.-Etimológicamente, la palabra obligación deriva del latín “ob-ligare”, “ob-ligatus”, cuya idea central es atadura, ligadura, y refleja exactamente la situación del deudor en el derecho primitivo.³Tanto en el derecho como en el uso corriente la

²Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Págs. 9,10.

³Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 55.



palabra obligación tiene diversos significados, sin embargo reduciremos el concepto de la obligación al ámbito del derecho civil, entendiéndose específicamente como una modalidad especial dentro de la amplia gama de los deberes jurídicos.

En términos generales, obligación no es más que un vínculo jurídico, por el cual una parte se obliga para con otra u otras a dar, hacer o no hacer una cosa, sabiendo que este vínculo jurídico tiene trascendencia económica determinada o al menos determinable. En la Doctrina, algunos autores que tratan sobre las obligaciones, con mayor propiedad lo definen así:

Alessandri sostiene que la obligación “es un vínculo jurídico que coloca a una determinada persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada”.

Claro Solar define a la obligación como “Un vínculo jurídico en virtud del cual una persona se encuentra en la necesidad de procurar a otra persona el beneficio de un hecho o de una abstención determinados y susceptibles generalmente de estimación pecuniaria”.

Guillermo Borda define a la obligación como “El vínculo jurídico establecido entre dos personas (o grupo de personas) por el cual una de ellas puede exigir a la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención”.

Como podemos apreciar, estas definiciones coinciden, al menos en lo principal, con lo que expresamos anteriormente líneas arriba.



En tanto el Art. 1454 de nuestro Código Civil, al definir el contrato, nos da un concepto de obligación, y señala que: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

1.2.- Caracteres de la obligación.

De los conceptos transcritos, podemos deducir los siguientes caracteres fundamentales de la obligación:

a) En primer lugar, se trata de un **vínculo**, esto es, de un nexo que relaciona a los sujetos de la obligación entre sí. Este vínculo, dentro de las reglas generales del Derecho Civil, origina generalmente derechos reales o personales; excepcionalmente personalísimos. Ejemplo: el derecho de crédito que surge del contrato de préstamo y la garantía real si el préstamo se ha caucionado con una hipoteca; o el derecho de alimentos que tiene el hijo contra el padre.

b) El vínculo que acabamos de tratar es, además **jurídico**, pues, se lo mira, como una relación, que tiene la característica de ser económica, jurídica y trascendental, esto porque la obligación tiene un respaldo justificativo en el ordenamiento jurídico, y este respaldo implica tanto en la parte sustantiva como en la parte adjetiva; en la parte adjetiva esto es el hecho de que se está frente a situaciones lícitas permitidas por la ley, y que por lo tanto a consecuencia de haberlo celebrado, las partes tienen derechos; y en lo sustantivo cuando las partes adquieren obligaciones, ya sea como deudor o como acreedor están respaldados; pues en caso de incumplimiento, se puede acceder a la administración de justicia, ejercer las acciones correspondientes y conseguir que se cumpla la obligación.



c) El vínculo jurídico que nace de la obligación relaciona a **personas determinadas** o, cuando menos **determinables**. No puede concebirse una obligación entre personas enteramente indeterminadas y, menos aún, si se trata de personas indeterminables.

d) El ligamen que surge de las obligaciones sólo puede reconocer uno de estos tres supuestos: **dar, hacer o no hacer** alguna cosa. Las prestaciones pueden ser, en los dos primeros casos, positivas (entregar un cuerpo cierto o pagar una suma de dinero, construir una obra material u otorgar un contrato) y en el último, negativa, pues se trata simplemente de abstenerse de algo.

e) El deber jurídico que nace de la obligación es, para el sujeto pasivo, una verdadera **deuda**, que, correlativamente, otorga al acreedor un derecho de **crédito**. El incumplimiento del deber del deudor otorga al acreedor el derecho de exigirlo, intentando la correspondiente acción; y, por su parte, la satisfacción de la deuda, la extingue.

f) Finalmente, la prestación que surge de las obligaciones en sentido jurídico es, **como regla general, susceptible de apreciación económica**, lo cual no ocurre con otros deberes como sucede con los familiares y, naturalmente, con los morales o los sociales. Decimos generalmente susceptibles de apreciación económica, pues hay ciertos deberes que, aunque nacen de vínculos jurídicos, no pueden necesariamente ser apreciados en dinero y su incumplimiento, por otra parte, no otorga el derecho de solicitar el resarcimiento económico.



1.3.- Elementos.

La obligación, como concepto jurídico, se halla integrada por tres elementos cuya concurrencia es indispensable: el acreedor, el deudor y la prestación debida.

El acreedor: es el sujeto activo de la obligación, que puede ser una persona natural o una persona jurídica. A este sujeto le incumbe la facultad de exigir al deudor la prestación - de dar, hacer o no hacer alguna cosa – para cuya eficacia la ley le otorga las acciones necesarias. El sujeto activo ha de ser determinado o determinable, porque así lo exige, la naturaleza de los derechos personales o créditos.

El deudor: es el sujeto pasivo. A él le corresponde la prestación que, asimismo, será de dar, hacer o no hacer alguna cosa. El deudor puede también ser una persona natural o una persona jurídica. Le cabe también la posibilidad de ser una persona determinada o determinable.

Siendo indispensable que en la obligación los sujetos sean a lo menos dos, pues, de otro modo, no puede surgir vínculo jurídico alguno.⁴

El objeto o cosa debida.- El objeto de una obligación es la cosa que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor.

⁴ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs.18-24.



Según el Dr. Jorge Morales, el objeto de las obligaciones consiste en un hecho, el cual se divide en “positivo” o “negativo”. El hecho positivo se denomina también prestación, y el hecho negativo se denomina también abstención. La prestación, a su vez, consiste en algo que se tiene que dar o hacer; la abstención consiste en algo que no se debe hacer (10).

1.4.- Clasificación de las obligaciones.

Son varias las categorías que se reconocen de las obligaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por esta razón es necesario realizar una clasificación de ellas.

El Dr. Hernán Coello, en su libro “Obligaciones”, se refiere a la clasificación que formula el jurista argentino Boffi Roggero en su Tratado de las Obligaciones. Para este autor los criterios de clasificación de las obligaciones son los siguientes:

a) En cuanto a la jerarquía, este principio se rige en cuanto a la trascendencia de las obligaciones, y en cumplimiento de este principio las obligaciones se clasifican en: principales y accesorias; las **obligaciones principales** son las que tienen vida jurídica autónoma y **las accesorias** son las que dependen de otra, como ocurre con la obligación principal que nace del contrato de préstamo para el deudor –la de pagar el dinero prestado- y la de rendir, si a ello se ha comprometido, una garantía, que en este caso es accesorio, y por lo mismo, depende de la principal.

b) Respecto de la intensidad del vínculo, tomando en cuenta el deber jurídico que está de por medio, y según este criterio las obligaciones son civiles y naturales; son **obligaciones civiles** las que confieren acción al acreedor para imponer el cumplimiento al deudor; y son **obligaciones naturales** las que solamente otorgan



excepción para retener lo pagado en virtud de ellas, sin otorgar acción al acreedor para exigir su cumplimiento, ejemplo de las primeras, la obligación válidamente contraída por el deudor de pagar una suma de dinero; de la segunda, la misma obligación si se ha extinguido civilmente por la prescripción.

c) Si se limitan los efectos de las obligaciones, según este criterio las obligaciones se clasifican en puras y simples, y las sujetas a modalidad; las **obligaciones puras y simples** son las que no están supeditadas al cumplimiento de ninguna condición, no se han impuesto limitaciones, como la de transferir la propiedad o la de pagar el precio en la compraventa celebrada al contado; las **obligaciones sujetas a modalidad,** son las que sus efectos se hallan limitados principalmente por la condición, el plazo y el modo, como, en la misma venta, si el precio debe pagarse luego de decurrir el plazo estipulado. Tanto la condición, como el plazo y el modo, nacen generalmente de una convención o de una disposición testamentaria; aunque ocasionalmente, pueden nacer también de la ley, como cuando la ley concede al heredero el plazo de hasta un año para que acepte o repudie la herencia que se le ha deferido.

d) Si consideramos el sujeto de las obligaciones, éstas pueden corresponder a sujetos singulares o plurales; y en este segundo supuesto, podrían ser: simplemente conjuntas, solidarias o indivisibles. En el primer caso, se obliga un solo deudor para con un solo acreedor; en el segundo, son dos o más los acreedores o los deudores y responden, en su orden, cada uno por su cuota o todos por la totalidad de la deuda. Las **obligaciones simplemente conjuntas,** son las que se han adquirido por dos o más personas, quienes a la hora de responder por aquella, pese haberla adquirido en conjunto, simplemente están obligados a responder por la cuota que les corresponda. Si la **obligación es solidaria,** porque el objeto es divisible, pero se ha establecido o pactado la solidaridad, cada uno es responsable de todo, es decir por efectos de esta figura jurídica, cuando existen varios deudores, están supeditados al



cumplimiento de la obligación, según la decisión que tome el acreedor a la hora de exigirles el pago, sabiendo que puede hacerlo a todos, a varios, o a uno de ellos. En las **obligaciones indivisibles**, cuando son varios los obligados, y el objeto es indivisible (no puede dividirse), como ocurre con las servidumbres y a pesar de que solo uno de los deudores este detentando el objeto, y a consecuencia de esto beneficiándose, todos tienen que responder, porque se obligaron en esas condiciones, o cuando se ha pactado la indivisibilidad de pago como sucede con la aceptación de una letra de cambio en que se conviene que el pago no podrá hacerse por partes, en cuyo caso cada uno de los deudores será obligado al pago de toda la deuda.

e) **El objeto** permite dividir las obligaciones en alternativas y facultativas. **En las obligaciones alternativas** dependerá a quien se le haya facultado (acreedor o deudor) para que elija el objeto con el que se tiene que pagar, en este caso **hay varios objetos**, pero con uno solo de ellos se tendrá que pagar la obligación; en cambio en las **obligaciones facultativas** existen **dos objetos** para cumplir con la obligación, esto significa la potestad que tiene el deudor de elegir con que objeto de estos le paga al acreedor, sabiendo que con anticipación se han puesto de acuerdo que al pactar este tipo de obligaciones será el deudor quien elija a la llegada del plazo, como se tiene que cumplir con el pago de la obligación adquirida. (64-65).

1.4.1 Concepto y características de cada una de ellas:

a) **Las obligaciones civiles y las naturales.**- La coercitividad es elemento esencial de toda norma jurídica. En materia de obligaciones, la coercitividad se traduce en la ejecución coactiva de ellas. Excepcionalmente, ciertas obligaciones están desprovistas de esta especie de sanción, aunque la ley sí les reconoce poder suficiente para engendrar otras consecuencias jurídicas.⁵

⁵Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág.23



La primera de las clasificaciones que reconoce el Código Civil es la de las obligaciones civiles y las obligaciones naturales. El Art. 1486 declara que son obligaciones civiles las que dan derecho a exigir su cumplimiento, ejercitando la correspondiente acción; y que son naturales las que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, una vez cumplidas, autorizan para retener lo dado o pagado en virtud de ellas.

Sabemos que las obligaciones imponen al deudor una prestación, positiva o negativa, que consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Esta imposición debería cumplirse voluntariamente, aunque es frecuente el hecho de que el acreedor deba recurrir ante los jueces para exigir el cumplimiento de lo que se le debe. Cuando el deudor no cumple voluntariamente la obligación que le vincula, puede ser compelido por el acreedor que dispone de un mecanismo procesalmente útil para exigir tal cumplimiento. Este mecanismo, llamado acción, no es más –según enseña el doctor Eduardo Couture- que el poder jurídico de hacer valer una pretensión. Por su parte, el deudor, bien porque haya cumplido la obligación, bien porque ella se haya extinguido por cualquier otro medio que no sea el pago, bien, en fin, porque se trate, como en el caso que nos ocupa, de una obligación natural que, como hemos visto no otorga acción para exigir su cumplimiento, tiene un derecho correlativo, que es el de la excepción, para oponerse al requerimiento del acreedor.

En tratándose de las obligaciones naturales, el acreedor tiene también derecho a la excepción en caso de que el deudor haya pagado voluntariamente la obligación, y luego pretenda la repetición del pago. La excepción le permitirá, en consecuencia, retener lo dado o pagado voluntariamente. En forma correlativa también el deudor que paga en forma voluntaria queda sin acción para exigir la devolución de lo dado o pagado.



Respecto de las obligaciones civiles es indispensable que se cumplan tanto las condiciones generales de validez de los negocios jurídicos, esto es, la capacidad de los contratantes o la aptitud del testador, en su caso; el consentimiento libre de vicio o la declaración de voluntad libre, asimismo, de vicio, según se trate de contrato o de testamento; el objeto lícito y la causa lícita. Deben cumplirse, además, las condiciones esenciales específicas que en cada acto o contrato deben satisfacerse, como ocurre, por ejemplo, con las formalidades impuestas por la ley para la validez de determinados actos o contratos. Las obligaciones naturales, en cambio, surgen precisamente cuando alguno de estos requisitos -los esenciales comunes o los esenciales específicos- falta, como ocurre, por ejemplo, si uno de los contratantes es relativamente incapaz o si en un acto, falta alguna formalidad impuesta para su validez según su clase, como ocurre con los legados impuestos en un testamento que no se otorgó cumpliendo los requisitos de forma señalados por la ley y que, no obstante, se cumplió voluntariamente por los herederos, se produce una obligación natural.

Las obligaciones civiles se extinguen por los modos señalados básicamente por el Art. 1583 del Código; las obligaciones naturales se extinguen por alguno de estos modos, como, por ejemplo, el pago, la novación, la transacción, etc., pero no por otros que no son adecuados para lograr tal extinción, como ocurre, por ejemplo, con la prescripción que no llega a extinguir las obligaciones naturales, sino, más bien, le sirve de fundamento para que se constituya una de las categorías reconocida expresamente por la ley.

En las obligaciones civiles tiene aplicación la institución de la cosa juzgada; en las naturales no tiene cabida la cosa juzgada, pues cabalmente tales obligaciones surgen cuando han sido rechazadas en juicio por falta de prueba.⁶

⁶Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 66- 69.



b) Las obligaciones puras y simples y las obligaciones sujetas a modalidad.- La regla general es que la obligación sea pura y simple, y produzca sus efectos sin alteración alguna; jurídicamente las modalidades, constituyen una excepción, estas son accidentales al acto o contrato; se caracterizan, además, porque modifican las normas generales en cuanto a la existencia, exigibilidad o extinción de la obligación. Las modalidades requieren generalmente estipulación de las partes; sin ellas normalmente no existen. Y también, por lo general, no son esenciales en el acto o contrato; si ellas no existen, éste producirá sus efectos normales sin alteración alguna.⁷ Las principales modalidades que reglamenta la ley son el plazo, la condición y el modo.

Guillermo Ospina sostiene que 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

⁷Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Págs. 307,308.



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 (23).

El Código no reglamentó las obligaciones modales en el libro cuarto, limitándose a hacerles aplicables las disposiciones sobre asignaciones modales, esto es, los Arts. 1117 a 1124 (Párrafo 4º del Título 4º del Libro 3º). Y es muy lógico que así lo haya hecho, porque esta modalidad es más propia de las asignaciones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos, esto es, de los actos a título gratuito. El Art. 1117 no da una definición del modo, pero describe su forma más frecuente: “Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras, o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo, y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”.

Más propiamente el modo es la carga que se impone a quien se otorga una liberalidad, como si por ejemplo A dona a B un inmueble con la obligación de que costee los estudios universitarios de C, la aplicación especial puede ser en beneficio del mismo que recibe la prestación o de un tercero.⁸

El modo en el fondo posiblemente implique una carga o gravamen, pero nuestro código al tratar la sucesión por causa de muerte se refiere al modo como sinónimo de finalidad, y cuando esa finalidad no es posible cumplir, ya no existe el modo, salvo que se pueda cumplir de otra manera y esa haya sido la intención; en obligaciones pasa exactamente lo mismo, por esta razón al momento de tratar de este tipo de obligaciones tenemos que remitirnos al Libro III, ya que aquí se trata ampliamente del tema. Conforme a las reglas del propio Código Civil, las normas que regulan las

⁸Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág.365



asignaciones testamentarias condicionales, modales y a plazo, se aplican también a las obligaciones condicionales, modales y a plazo.

c) Las obligaciones con pluralidad de objeto.-Esta categoría en las obligaciones surge de la posibilidad, que pueda observarse a diario, de que el objeto de la prestación debida se refiera a una o a varias cosas. La primera de las opciones da lugar a las obligaciones que Claro Solar denomina “simples” o “sencillas”, porque, efectivamente, se trata de una sola cosa debida, aunque el acreedor o el deudor, o ambos, sean muchas personas. La segunda posibilidad crea, a su vez, distintas opciones que permiten clasificar a las obligaciones en las de simple objeto múltiple, alternativas y facultativas (Coello, 78).

- **Las obligaciones de simple objeto múltiple.-** Son aquellas en que el uso de una conjunción copulativa permite deducir que todos los objetos mencionados son igualmente debidos. En realidad el objeto de estas obligaciones es uno solo. No obstante, por la forma en que se ha convenido entre las partes, se ha dispuesto por el testador, o se ha establecido por la ley, así como cada parte puede estar conformada por una o varias personas, el objeto puede estar también conformado por una o más prestaciones o partes que conforman este objeto. Estas obligaciones comprenden dos cosas: varios objetos o un solo objeto, pero que ese objeto implica varias prestaciones, partes o elementos que a la postre hacen un todo, pero que también pueden ser considerados individualmente.

Cuando son dos o más los objetos debidos, el deudor no cumplirá su obligación si no hace la prestación de todos los objetos que debe, ni tampoco puede hacerlo por partes; de manera que la falta de cumplimiento respecto de cualquiera de ellos, dará lugar a que el acreedor constituya en mora al deudor, con las consecuencias legales que produce esta circunstancia. Ejemplo: el deudor puede



adeudar una biblioteca, deberá en este caso todos los libros que conforman la biblioteca debida y solo habrá cumplido la obligación cuando pague todos los libros que la componen, incluidos los estantes y demás muebles. O puede adeudar un restaurant, es decir le vendió el conjunto de bienes que conforman el restaurant, y se entenderá cumplida cuando todos esos bienes sean entregados. A veces ocurre que ni siquiera se detallan los bienes, y esto ocasiona muchos problemas, por eso se recomienda detallar de qué bienes está integrado ese objeto para luego poder reclamar.

Esta clase de obligaciones no están reguladas en el código civil, pero se sujetan a las reglas generales que se han previsto por el legislador respecto del objeto.⁹

- **Las obligaciones facultativas.-** Recurrimos, para establecerlo, al precepto que contiene el Art. 1521, que las define diciendo: “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”.

Del concepto legal se infiere que en las obligaciones facultativas hay un solo objeto, que es la prestación que se debe y que, además, es la única que puede ser exigida al deudor, aunque éste, y solamente él, pueda, si así lo quiere, escoger otra cosa, previamente señalada, para hacer el pago con ella (Coello, 85).

- **Las obligaciones alternativas.-** Define las obligaciones alternativas, llamadas también disyuntivas, en atención a la forma en que se obliga el deudor, el Art. 1515, expresando que “Obligación alternativa es aquella por la cual se deben

⁹Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*

varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras”. Del concepto transcrito se deduce que ha de emplearse, para configurar una obligación de esta clase, la conjunción disyuntiva “o” u otra forma de expresión equivalente, a fin de que el deudor pueda vincularse con dos o más objetos, aunque sólo deba cumplir la obligación con alguno de ellos.

Cuando nacen estas obligaciones, nacen necesariamente con pluralidad de objeto. De no ser así no podría aplicarse la posibilidad de escoger entre dos o más objetos debidos. Cuando se cumple la obligación, en cambio, ella es de un solo objeto, el escogido, de entre los varios que son alternativamente debidos. La facultad de reemplazar la cosa debida, en las obligaciones alternativas, corresponde, según la forma en que se haya constituido la obligación, al acreedor o al deudor; en las facultativas sucede lo contrario: el deudor está facultado para escoger otra cosa – que debe señalarse anticipadamente – para pagar la deuda, si así lo quiere él. Por eso es que estas obligaciones reciben el nombre de facultativas.¹⁰

La nota característica de la obligación alternativa, la que la diferencia de la obligación facultativa, consiste en que todos los objetos de aquella entran en el vínculo obligatorio (*in obligatione*), pero solo uno de ellos obra en el pago (*in solutione*) (Ospina, 26.)

d) Las obligaciones de género y de especie o cuerpo cierto.- La determinación del objeto de las obligaciones permite formular una nueva clasificación que comprende dos categorías: las obligaciones de género y las obligaciones de especie o cuerpo cierto.

¹⁰Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs.81, 82.



Cuando el deudor se obliga a dar o simplemente a entregar una o más especies *indeterminadas* de cierto género, como un caballo, o tres vacas, o cien hectolitros de vino, la obligación es de *género*. Si el deudor se obliga a dar o entregar una o más especies *determinadas* de cierto género, como el caballo Sultán, o tal automóvil Austin, la obligación es de *especie o cuerpo cierto*.(Ospina, 25).

e) Las obligaciones con pluralidad de sujeto.- La regla general en derecho es que la obligación tenga un solo sujeto activo y un deudor único, pero tampoco hay inconveniente para que no sea así. El mismo Art. 1454, al definir el contrato señaló que “Cada parte puede ser una o muchas personas”, y lo que la ley dijo del contrato vale para toda clase de obligaciones. Las obligaciones con pluralidad de sujetos se clasifican en tres grupos: Obligaciones simplemente conjuntas; Obligaciones solidarias; y, Obligaciones indivisibles.

- **Las obligaciones simplemente conjuntas.-** Son aquellas en que existen varios sujetos deudores o varios sujetos acreedores y un solo objeto debido; de modo que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer su parte o cuota y cada uno de los acreedores sólo puede reclamar su parte o cuota en el crédito.

Esta categoría de obligación viene a ser, la regla general, como así se deduce de los términos que emplea para referirse a ellas el inciso primero del Art. 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”.¹¹Ejemplo A, B y C le deben a D \$1500, es una *obligación simplemente conjunta* porque no hay ni solidaridad ni indivisibilidad, por lo tanto

¹¹ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Pág. 90.



se entiende como simplemente conjunta, porque hay tres deudores y cada uno debe una cuota que si no está previamente establecida se sobrentiende que es en partes iguales; igual puede pasar cuando hayan varios acreedores.

Por su parte, el Art. 1542 expresa que “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”. La norma aclara, entonces, que, en definitiva, cuando existen obligaciones conjuntas, cada uno de los varios deudores (de uno o varios acreedores) debe solamente una obligación en particular (la suya) que, por lo mismo, no puede confundirse con las obligaciones de los demás.

Estas reglas permiten asegurar que las obligaciones conjuntas son el género y que la solidaridad y la indivisibilidad son la excepción. Gráficamente se ha afirmado que cuando se trata de las obligaciones conjuntas, en definitiva se produce una dispersión de obligaciones, aunque concurren varios sujetos ya como coacreedores, ya como codeudores. Es, entonces, frecuente en la vida real esta situación, particularmente cuando se trata de la sucesión hereditaria en la que aceptan la herencia dos o más asignatarios a quienes se les ha transmitido, ya activa, ya pasivamente, un crédito divisible. La división, en estos casos, debe verificarse en partes iguales. Del contexto de la ley puede inferirse esta regla con toda claridad, particularmente si nos referimos a los siguientes preceptos: el Art. 1126 inciso final, dice que: “Si fueren muchos los herederos instituidos sin designación de cuota, dividirán entre sí por partes iguales la herencia o la parte de ella que les toque”. La primera parte del Art. 1542, en el primer párrafo del inciso primero, dispone que “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.”. Por su parte, el inciso primero del

Art. 2269 declara que “Si hubiere dos o más fiadores de una misma deuda, que no se hayan obligado solidariamente al pago, se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales; y no podrá el acreedor exigir a ninguno sino la cuota que le quepa”.¹²

La parte relevante de las obligaciones simplemente conjuntas, en lo procesal, es que a cada deudor nunca se le puede demandar todo; solo se le puede demandar su cuota; igual, cada acreedor solo puede reclamar lo que se le debe, nunca puede reclamar todo. En las obligaciones simplemente conjuntas las reglas generales, tienen supremacía por encima de todas las cosas.

- **Las obligaciones solidarias.-** Son aquellas en que existen varios acreedores y varios deudores, vinculados por una obligación cuyo objeto es divisible, pero en las que cualesquiera de los acreedores puede exigir la totalidad del pago a cualesquiera de los deudores, o todos o algunos de ellos hacer idéntica gestión con todos o con algunos de los deudores, por así haberlo impuesto la ley, convenido las partes u ordenado el testador en su testamento. Cabe también, desde luego, la posibilidad de que sean varios los acreedores solidarios de un solo deudor.

Las obligaciones solidarias son una excepción a la regla general que, como hemos visto, es la de que las obligaciones sean simplemente conjuntas.¹³

Fuentes de la solidaridad: De conformidad con lo previsto en el Inc. Segundo del Art 1527, “[...] en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede

¹² Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 90,91.

¹³ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Pág. 93



exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda...”; todo lo cual quiere decir que la solidaridad tiene estas tres fuentes: la ley; la convención (contrato); y, el testamento (Coello, 94).

Entonces, las obligaciones solidarias, desde este punto de vista, son todas aquellas, que habiéndose pactado, o habiendo sido establecidas en el testamento como tales, o simplemente constando como solidarias en la ley, su pago total puede exigirse a uno, a varios, o a todos los obligados; y en el caso de que la solidaridad sea activa se pueden exigir que sean pagadas, por parte de los acreedores, por uno solo, por varios, o por todos los acreedores. La solidaridad establecida por el testamento, es muy difícil que la encontremos, en cambio la estipulación de la solidaridad por la convención de las partes, es muy frecuente, pero también nuestro ordenamiento jurídico tiene un cumulo en materia privada de obligaciones solidarias.¹⁴

Clases de solidaridad: La solidaridad se clasifica desde un doble punto de vista, a saber: si atendemos al origen, la solidaridad podrá ser legal, convencional o testamentaria, como se ha visto; y si atendemos a las personas respecto de las cuales se da la solidaridad, podrá ser, activa, pasiva y mixta, según sean los acreedores los solidariamente titulares de la deuda, los deudores quienes deban pagarla solidariamente, o si la solidaridad se da en ambas partes. La solidaridad activa, que surge cuando son varios los acreedores, es, en la práctica, totalmente inusual. La ley no la establece sino como excepción; por lo que lo común es que se la convenga por las partes o se imponga por el testador.¹⁵

¹⁴ Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*

¹⁵ Coello García, Hernán. *Obligaciones.* Pág. 95.



En consecuencia, en las obligaciones solidarias hay múltiples (dos o más) acreedores, cuando es solidaridad activa; o puede haber multiplicidad de deudores y estamos frente a solidaridad pasiva; en uno o en otro caso la deuda puede extinguirse en derecho, cuando en el primer caso un deudor, o varios de ellos, o todos han pagado, y se extingue la obligación; y también a la inversa, se entenderá que está muy bien hecho el pago, cuando se le ha entregado lo que se debe solamente a un solo acreedor, a varios de ellos, o a todos; esto es lo que permite la solidaridad, ya que el acreedor, en el caso de que haya varios deudores, él elegirá a cuál de ellos cobrarle, o si les cobra a todos, pero es decisión de él; y en el caso de que de los deudores, ellos elegirán, a cuál de sus acreedores pagar la deuda total, que pase entre los acreedores, para el deudor es irrelevante, porque él ya cumplió con el pago, y por lo tanto se extinguió la obligación.

En la práctica, las obligaciones solidarias pasivas, son las más frecuentes y trascendentales, esto porque los acreedores, tienen en las obligaciones solidarias una forma, aunque limitada, de asegurarse la recuperación de su obligación de crédito que han otorgado a los deudores; a veces incluso los acreedores tiene la gran ventaja de prestar a cualquiera de los deudores, sin embargo se lo hace en consideración a esa solidaridad que se ha pactado sabiendo que consigue que sea otra persona la que firme respaldando en estas condiciones, esa obligación de crédito.¹⁶

- **Las obligaciones divisibles e indivisibles.-** Esta clasificación atiende a si la prestación que constituye objeto de la obligación puede ser satisfecha o no por partes. En el primer caso, la obligación es *divisible*, y en el segundo, es *indivisible*. De suerte que, en principio, es la naturaleza del objeto la que se toma como criterio para determinar la clase que por este aspecto pertenece la

¹⁶ Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



obligación. Así, las obligaciones a dinero son divisibles y las que versan sobre la entrega de un caballo o la edificación de una casa son indivisibles. Aunque el objeto sea divisible, la indivisibilidad de la obligación puede resultar también de la convención de los interesados o de la ley.

Esta clasificación carece de importancia en tratándose de obligaciones de sujetos simples, o sea, de aquellas en que solo hay un acreedor y un deudor, pues entonces, prescindiendo de la naturaleza del objeto, el deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes (C.C., art. 1607). Por el contrario, cuando hay varios acreedores o varios deudores y el objeto de la obligación es indivisible, sí se presenta el problema de saber cómo tiene que cumplir cada deudor y qué es lo que puede exigir cada acreedor. Por esta circunstancia, los tratadistas suelen incluir las obligaciones indivisibles en la clase de las *obligaciones de sujetos plurales*. Pero esta es una inexactitud, porque una obligación es divisible o indivisible según su objeto y con prescindencia de número de sujetos.¹⁷

De acuerdo al 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”.

El concepto está lejos de ser claro, porque tomando a primera vista, resulta que nunca habría indivisibilidad jurídica. Todas las cosas son susceptibles de división física y de cuota. Lo que se quiere decir es que hay indivisibilidad cuando la cosa, al partirse, pierde su identidad, y así un automóvil naturalmente que puede separarse en sus elementos integrantes, pero entonces deja de ser tal. Y al referirse a la división intelectual o de cuota, se quiere significar que nadie, en el

¹⁷Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 26.



mismo ejemplo, puede deber una quinta parte de un automóvil, pero todas las cosas son susceptibles de descomponerse en partes para el ejercicio de los derechos, y así, no hay inconveniente alguno para que cinco personas sean dueñas en quintas partes del mismo vehículo.

De ahí que sea más propio definir la obligación indivisible como aquella en que existiendo pluralidad de sujetos activos o pasivos, la prestación no es susceptible de efectuarse por parcialidades, y en consecuencia, cada acreedor puede exigirla y cada deudor está obligado a cumplirla en su totalidad.¹⁸

f) Las obligaciones principales y accesorias.- Las primeras son aquellas que existen por sí solas, independientes de otras obligaciones y, en general, de otros derechos, como la que tiene el comprador de pagar al vendedor el precio estipulado. Las segundas son aquellas cuya existencia depende, bien sea de otras obligaciones, bien sea de ciertos derechos reales a que acceden. El prototipo de la obligación accesoria de otra obligación es la nacida del contrato de fianza, mediante el cual el fiador garantiza el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor principal. Y las obligaciones que acceden a un derecho real se suelen denominar obligaciones reales o *propter rem* y se caracterizan porque colocan al deudor en la necesidad de ejecutar una prestación, exclusivamente en razón y en la medida del derecho real que aquel tiene sobre una cosa, v. gr., la obligación que tiene el propietario de un fundo de contribuir con sus vecinos en las expensas de construcción, conservación y reparación del cerramiento común.¹⁹

g) Las obligaciones con cláusula penal.- Son obligaciones con cláusula penal aquellas en las que, para garantizar el cumplimiento oportuno y cabal de la

¹⁸ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 296.

¹⁹ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 24.



obligación, se estipula una pena, llamada cláusula penal, que, en el fondo, no es sino una evaluación anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento, el cumplimiento parcial o tardío de la obligación pueden causar al acreedor.

La cláusula penal se halla definida por el Art. 1551 que dice: “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”.

Naturaleza jurídica de la cláusula penal.- No solamente por la forma en que se la conviene por las partes interesadas, sino por su propia naturaleza, la cláusula penal es accesoria, secundaria. Por lo mismo requiere de una obligación principal. No puede haber cláusula penal obligación principal cuyo cumplimiento se refuerza con la estipulación de la cláusula penal. La fuente de las obligaciones con cláusula penal es, en consecuencia, la estipulación de las partes.

Objeto que persigue la cláusula penal.-Dada la naturaleza jurídica de la cláusula penal, su razón de ser es la de conseguir el cumplimiento de la obligación principal, señalando, mediante la convención de las partes, el monto de la indemnización que por los perjuicios causados, debe satisfacer por el incumplimiento, o el cumplimiento incompleto o tardío el deudor. Ocurre que, como se puede constatar en la práctica, la evaluación de los daños y perjuicios supone dos condiciones que deben cumplirse: una, la de que efectivamente se hayan producido los perjuicios; y, la otra, establecer el monto de los perjuicios causados por el deudor moroso. Estas dos situaciones suelen ser engorrosas y los procesos dificultosos y dilatados. Por eso es que resulta mejor evitar estas contingencias con la estipulación de la cláusula penal, que es, como hemos dicho, una evaluación anticipada de los daños y perjuicios que se cobra por el simple retardo o por el cumplimiento imperfecto de la obligación principal.



De lo dicho resulta que el propósito que persiguen los contratantes con la cláusula penal no es llegar a la extinción de la obligación para el evento de que el deudor la incumpla, sino apremiarle para que cumpla oportuna y cabalmente la obligación, pues, si no lo hace, debe sujetarse a las consecuencias de la pena estipulada.²⁰

h) Las obligaciones positivas y negativas.- No requieren mayor explicación. La obligación es **positiva** cuando su objeto consiste en un acto positivo o *prestación stricto sensu*, como la construcción de una casa, la entrega de un fundo o la tradición de un caballo. Es **negativa o de no hacer** cuando tiene por objeto una abstención: no hacer competencia comercial, no levantar un muro a más de cierta altura.²¹

1.5 Efectos de las Obligaciones.

El Código Civil, en el título XII del libro IV, bajo el epígrafe: “De los efectos de las obligaciones”, consagra entremezclados, de un lado, los efectos que producen los contratos, es decir, los que se originan en una de las fuentes más importantes de las obligaciones, y, de otro, los efectos que producen las obligaciones en general, independientemente de la fuente que las haya originado; fuentes que, como sabemos, pueden ser el contrato, desde luego, pero, además, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

Se sostiene que los efectos de las obligaciones son los derechos que la ley confiere al acreedor, para que pueda obtener del deudor el cumplimiento total y oportuno de la obligación; error que proviene, entre otras consideraciones, precisamente de la forma promiscua en que el Código trata indistintamente de los efectos de los contratos como de los efectos de las obligaciones.

²⁰ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 109 y ss.

²¹ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 24.



En realidad los efectos de las obligaciones se reducen a las reglas en virtud de las cuales se le coloca al deudor en la necesidad de cumplir la prestación a la que se ha comprometido; cumplimiento que debe ser oportuno y total, en los términos que formula el Art. 1607 que dice: “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

Como el deudor puede incumplir la obligación o retardar su cumplimiento, el acreedor tiene derecho a forzarle para que, de ser posible, cumpla la obligación y, de no ocurrir así, le indemnice los perjuicios que le haya causado. Claro que para que podamos encontrar con más facilidad los efectos de las obligaciones es necesario que examinemos de qué clase de obligación se trata, pues, evidentemente, no serán los mismos efectos los que produzcan las obligaciones de dar que las de hacer; las solidarias o las facultativas; las de hacer o las de no hacer, etc.

- **Efectos que producen las obligaciones de dar.-** Conforme hemos observado en su oportunidad, las obligaciones pueden ser de dar, hacer o no hacer alguna cosa. Sabemos, además, que de acuerdo a la ley, las obligaciones de dar tienen por objeto pagar una suma de dinero o entregar un objeto o cuerpo cierto. La ejecución forzada, en cada uno de estos casos, es diferente, pues, mientras en la obligación de pagar una cantidad de dinero consiste en embargar y rematar los bienes del deudor, que son prenda general del cumplimiento de sus obligaciones, en la obligación de entregar un objeto o cuerpo cierto, de conformidad con las reglas que formulan los Art. 1564 y siguientes, y desde que el deudor contrae tres obligaciones, esto es, la de conservar, custodiar y entregar la cosa debida, la falta de cumplimiento de estas obligaciones da derecho al acreedor para que pueda solicitar del juez que ordene al alguacil la aprehensión material y la entrega del



objeto debido, salvo que, tratándose de un inmueble, deba simplemente ordenar la inscripción del título en el registro de la propiedad correspondiente.

- **Efectos que producen las obligaciones de hacer.-** Las obligaciones de hacer, tienen dos formas diferentes de presentarse: o se debe otorgar un instrumento, o se debe ejecutar una obra material. En el primer caso, si el deudor incurre en mora, le deberá representar el juez, de conformidad con lo que dispone la parte final del Art. 440 del Código de Procedimiento Civil; y, una vez otorgado el instrumento como representante legal del deudor, queda cumplida la obligación cuyo cumplimiento se ha requerido. En el segundo, el juez debe ordenar que un tercero ejecute la obra por cuenta del deudor moroso, y, si esto no es posible, debe ordenar que se le indemnice al acreedor por los perjuicios causados al acreedor.
- **Efectos que producen las obligaciones de no hacer.-** En esta clase de obligaciones el deudor cumple simplemente absteniéndose de ejecutar aquello que se ha obligado a no hacer. Incumple, en consecuencia, su obligación, ejecutando lo que no debió realizar. Es, entonces, preciso que se haga una distinción que debe ser analizada por el juez en cada caso concreto: si cabe la destrucción de lo hecho, el juez debe ordenarla; pero si la destrucción causa mayores perjuicios que la contravención al contrato, el juez debe ordenar la indemnización de los perjuicios causados. La regla del Art. 1571 establece lo siguiente: “Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho. Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato, estará el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a ejecución a expensas del deudor. Si dicho objeto



puede obtenerse cumplidamente por otros medios, será oído el deudor que se allane a prestarlos. El acreedor quedará de todos modos indemne”.²²

Para los Códigos y doctrina inspirados en el Francés, la obligación es el efecto de la fuente que la genera, y ya señaladas: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, ley; la obligación a su vez produce los siguientes efectos: desde el punto de vista activo, otorgar al acreedor el derecho principal de exigir el cumplimiento, y derechos secundarios destinados a auxiliarlo a obtenerlo, y desde el punto de vista pasivo, la necesidad jurídica, por tratarse de un vínculo de esta naturaleza, de soportar el ejercicio de las acciones del acreedor tendientes al cumplimiento.²³

En definitiva, para saber cuáles son los efectos de las obligaciones, tendremos que tener en cuenta si estamos frente a obligaciones de dar, hacer o no hacer; pero ya desde un punto de vista concreto y puntual, el efecto de las obligaciones se reduce a uno solo: es decir la parte obligada está supeditada a cumplir estrictamente a lo que se ha comprometido, sabiendo que si no lo hace voluntariamente, se lo puede obligar a que lo ejecute de conformidad con las normas o disposiciones legales vigentes.²⁴

²² Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 131, 132.

²³ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 369.

²⁴ Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones*.



CAPITULO II

EL CONTRATO COMO FUENTE PRINCIPAL DE LAS OBLIGACIONES Y LOS CONTRATOS ACCESORIOS O DE GARANTÍA TRADICIONALES.

2.1. Generalidades y definiciones.

El contrato es, sin duda, la más importante de todas las fuentes de las obligaciones, tanto, que el propio epígrafe del Libro IV del Código es “De las obligaciones en general y de los contratos”.

La palabra contrato, viene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir. Gramaticalmente denota un acuerdo de dos o más personas que se obligan respecto a materias determinadas.

De acuerdo al Art. 1454 “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”. Es evidente, como se desprende del texto transcrito, que lo que la norma define, como ya anteriormente se advirtió, es la obligación, es decir el género, aunque se refiera a la especie, el contrato, que es, como ya lo expresamos, la fuente más importante de las obligaciones. El contrato, en efecto, genera obligaciones, pero no todas las obligaciones tienen como fuente los contratos. Hay más, todavía: los contratos pueden extinguir obligaciones preexistentes, como ocurre con la resiliación, la transacción, o la dación en pago. Por otra parte, la norma trata como si fuesen sinónimos los términos “contrato” y “convención”, pese a que el primero debe tomarse como especie y la segunda expresión como género.²⁵

²⁵ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Pág. 29.



Por la deficiencia del concepto legal de contrato, sin pretender dar una definición, se puede decir que contrato es todo acuerdo bilateral que tiene por objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. Con las tres situaciones propuestas, una vez que se ha alcanzado el acuerdo entre las partes, pueden nacer obligaciones, si se celebra, por ejemplo el contrato de matrimonio, o de compraventa, o de sociedad, etc.; o se modifican, como ocurre si las partes celebran una transacción; o, finalmente, se extinguen si, v.gr., acuerdan una novación que deja sin efecto la primitiva obligación para que surja una nueva (Coello, 29).

2.2. Elementos o requisitos constitutivos del contrato.

En lo que se refiere a los elementos, o requisitos constitutivos del contrato, hay que distinguir aquellos que son comunes a todos los contratos en cuanto a ellos constituyen actos jurídicos y los elementos propios de cada uno en particular.

- **Requisitos de todo contrato.-** Dos son los requisitos para que se forme un contrato:

1º El acuerdo de voluntades de dos o más personas, y

2º Que este acuerdo tenga la intención de crear obligaciones.

El acuerdo de voluntades, esto es el consentimiento de las partes es el requisito primordial en todo contrato.²⁶

Ahora bien, este acuerdo de voluntades está a su vez sometido a los requisitos legales que enuncia el Art.1461, inc. 1º: “Para que una persona se obligue a otra por

²⁶ Morales Alvarez, Jorge. *Teoría General de las Obligaciones*. Pág. 20.



un acto o declaración de voluntad es necesario: **1.º** Que sea legalmente capaz; **2.º** Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; **3.º** Que recaiga sobre un objeto lícito; y, **4.º** Que tenga una causa lícita”.

La doctrina más comúnmente aceptada entre nosotros clasifica estos elementos del acto jurídico en requisitos de existencia y validez. De acuerdo a esto, los **requisitos de existencia** son: **a)** el consentimiento; **b)** el objeto; **c)** la causa, y **d)** las solemnidades. Los **requisitos de validez** son: **a)** la ausencia de vicios en el consentimiento; **b)** la capacidad; **c)** el objeto lícito, y **d)** la causa lícita. Enunciados en general son: **a)** el consentimiento exento de vicios; **b)** la capacidad; **c)** el objeto, **d)** la causa, y **e)** las solemnidades.²⁷

2.3. Clasificación y efectos de los contratos.

Siguiendo el criterio del Derecho ecuatoriano, y tomando en cuenta que las ramas del Derecho son tan variadas; para su clasificación en esta ocasión, nos remitiremos únicamente a la rama del Derecho Civil.

Los contratos son civiles, si se hallan sometidos a las regulaciones del Código Civil; a la vez estos contratos también admiten, por su parte, una clasificación que atiende varios puntos de vista, como, por ejemplo, la forma en que se obligan las partes, la utilidad que reporta el contrato a cada una de ellas, etc. En cada una de las diferentes categorías de contratos, los efectos son diversos.

Clasificación de los contratos según el Código Civil.- Nuestro código señala las siguientes clasificaciones:

²⁷Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 76.



a) Atendiendo a las partes que se obligan.- Siguiendo este criterio los contratos, según nuestro Código son: unilaterales o bilaterales. Así lo señala el Art. 1455 “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

El concepto legal, es inadecuado, ya que el contrato debe considerarse como un acuerdo de voluntades; sin embargo la ley expresa que en los contratos unilaterales sólo una de las partes se obliga, mientras la otra no contrae obligación alguna, pero no puede ser unilateral pues siempre hay dos partes que se obligan, aunque las obligaciones no sean equivalentes.

Acorde con el criterio que recoge el Art. 1455, la doctrina ha señalado que pertenecen a la categoría de los contratos unilaterales particularmente los siguientes: la donación, el comodato, el mandato y el depósito. Pese a los argumentos y ejemplos con que se ha tratado de demostrar la validez de la clasificación, son los mismos ejemplos los que demuestran que los antedichos contratos no son unilaterales como lo llama la ley, sino bilaterales imperfectos; es obvio que las obligaciones que contraen las dos partes contratantes son del todo diferentes, como lo son los beneficios que les reporta el contrato, su grado de responsabilidad, etc.; pero, de todos modos, las dos partes se obligan entre sí.

En conclusión, no existen contratos unilaterales, pues el contrato por su naturaleza siempre va a ser bilateral, aunque las contraprestaciones no sean recíprocas, equivalentes o conmutativas, por esta razón la doctrina sostiene que estos contratos son bilaterales imperfectos. Los efectos que producen los contratos bilaterales imperfectos y los bilaterales perfectos son, naturalmente, diferentes.



En efecto: los contratos bilaterales imperfectos pueden revocarse bajo determinadas circunstancias. Así, la donación termina con la revocatoria, por ingratitud del donatario; el mandato, por la voluntad del mandante. El comodato, termina también por voluntad del comodatario en caso de que el bien se esté deteriorando, o por muerte del comodatario. Los bilaterales perfectos, en cambio, pueden quedar sin efecto por la cláusula resolutoria tácita, si hay incumplimiento de una de las partes contratantes.

Cuando el contrato bilateral es de aquellos que producen obligaciones recíprocas y equivalentes, el contrato es, además, conmutativo. Esta posibilidad no puede darse en los bilaterales imperfectos. Por esta misma razón, en los contratos bilaterales, además de la cláusula resolutoria tácita que prevé el Art. 1505, es necesario tener presente la regla que formula el Art. 1568, según la cual “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. La norma, como se ve, recoge el principio en virtud del cual “la mora purga la mora”. Este principio no es aplicable a los contratos bilaterales imperfectos.²⁸

b) Por la utilidad que prestan.- Atendiendo a la utilidad, como sinónimo de beneficio, los contratos se clasifican en gratuitos y onerosos.

De acuerdo al Art. 1456: “El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

²⁸ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs.31 y ss.



Para distinguir si un contrato es gratuito u oneroso, se mira la utilidad del negocio; si la hay para ambas partes, es oneroso, y si sólo procura beneficio a una sola de ellas, es gratuito, de beneficencia o de mera liberalidad. Ejemplo del primero es la compraventa; del segundo la donación.

Estos contratos tienen mucha trascendencia desde varios puntos de vista. Importa por una parte, por la responsabilidad que se puede atribuir a cada uno de los contratantes, en función de la utilidad que le reporte el contrato; por otra parte, por la acción pauliana o revocatoria a la que tienen derecho los acreedores en contra de terceros, misma que difiere, en uno y otro caso, esto es, si el contrato es gratuito u oneroso; y finalmente es importante, por las reglas a las cuales deben sujetarse cada uno de los contratos antedichos, mismas que son diversas pues, mientras la donación entre vivos requiere para su validez, entre otros requisitos, la insinuación, esto es, la autorización previa de un juez o de un notario, la compraventa no supone el cumplimiento de este requisito.²⁹

La ley regula, específicamente, la situación en que se pueden encontrar los contratantes frente al incumplimiento de un contrato gratuito u oneroso en razón del beneficio que les reporte y en función de su conducta frente a la obligación contraída.

En efecto, de acuerdo al Art. 1563: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

²⁹Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



Este artículo trata de la responsabilidad civil, cuando hay incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratantes, respecto del objeto, frente a un contrato oneroso o gratuito, pero siempre graduando la culpa, esta regla debe relacionarse con las tres especies de culpa a que se refiere el Art. 29; la disposición en principio hace una distinción con respecto a la utilidad que del contrato reporte a cada una de las partes.

En segundo lugar, como ya se mencionó es importante distinguir si el contrato es oneroso o gratuito, para poder aplicar las reglas respecto a la acción pauliana o revocatoria; al respecto se tomará en cuenta lo que establece el Art. 2370 del Código Civil. La acción pauliana tiene por objeto dejar sin efecto los actos efectuados por el deudor en fraude de sus acreedores. Con respecto a esta acción, el legislador distingue según si estos actos se han otorgado a título gratuito u oneroso, ya que tanto en el uno, como en el otro caso se tiene que cumplir con ciertas condiciones; esto es: en el caso de los contratos onerosos (compra venta), se tendrá que probar la mala fe tanto del deudor, como la de su comprador; mientras que en los contratos a título gratuito, se tendrá que demostrar la mala fe del deudor, y el perjuicio de los acreedores.³⁰

c) Por la equivalencia o no de las prestaciones.- Atendiendo a la equivalencia o no de las prestaciones los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios; así lo establece el Art. 1457: “El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.

³⁰Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



La separación entre una y otra subclase de contrato oneroso es entonces que, obteniendo siempre ambas partes utilidad del negocio, en el conmutativo hay equivalencia en las prestaciones recíprocas de ellas, la que no existe en el aleatorio. Y así, si se vende un inmueble en \$100.000, se consideraran como equivalentes el inmueble y el precio pagado por él. Y decimos que se miran como equivalentes, porque la ley no exige una igualdad al ciento por ciento, ya que en todo contrato oneroso ambas partes buscan su propia utilidad y si la obtienen, las prestaciones no resultarán totalmente equilibradas. El legislador sólo interviene cuando la balanza se ha inclinado fuertemente hacia uno de los contratantes, rompiendo la equivalencia de las obligaciones, mediante la institución de la lesión enorme; y así, si el inmueble valía realmente \$120.000 en el ejemplo propuesto, existe una lesión enorme que sanciona la ley.³¹

En el caso de que uno de los contratantes haya sufrido la lesión enorme, esto es, pagando más del doble o recibiendo menos de la mitad del justo precio del bien objeto del contrato, puede intentar la acción rescisoria por lesión enorme para que se declare la nulidad relativa del contrato. La institución de la lesión enorme, cabe únicamente para la venta de bienes inmuebles, y prescribe en cuatro años contados desde la fecha del contrato.

En los contratos aleatorios no concurre esta supuesta igualdad en las prestaciones, sino que por el contrario existe una contingencia, un azar, del cual dependerá en definitiva la utilidad que las partes obtienen del contrato (Abeliuk, 87).

En nuestras palabras, podemos decir que estamos frente a un contrato aleatorio, cuando no se sabe si obtendremos una ganancia o una pérdida, pues hemos

³¹Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 86.



contratado la suerte. Como ejemplos de este tipo de contrato tenemos, al contrato de seguro, y la cesión de derechos litigiosos.

d) Por la forma en que existen.- Nuestro código los clasifica en contratos principales y accesorios. Esta clasificación está enunciada en el Art. 1458 en los siguientes términos: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”.

Esta clasificación atiende a la manera cómo existen los contratos: los principales para su subsistencia y cumplimiento no necesitan de otros; los efectos dependerán de su naturaleza. Los contratos accesorios, como tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, no existen si no hay otra obligación a la cual acceder, y estos contratos son los de garantía, que tienen por objeto dar una seguridad al crédito al cual acceden, o de caución como también se les llama.³²

En los contratos accesorios tiene aplicación práctica el principio en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En consecuencia, el contrato principal por sí solo, tiene eficacia jurídica, sin necesidad de cláusula accidental alguna; pero no viceversa.

e) Por la forma en que se perfeccionan.- Los contratos pueden ser reales, consensuales y solemnes. El Código, en el Art. 1459, los define de la siguiente manera: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de

³² Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Págs. 82, 83.



ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

Esta clasificación atiende a la forma en que se perfecciona el contrato, y no como pudiera pensarse a la mayor o menor importancia del consentimiento. Si bien es cierto todo contrato lo necesita, sobretodo en algunos de ellos, y por eso se llaman consensuales, basta el consentimiento para su existencia, pero en otros, en cambio, la ley exige, además, alguna formalidad; si la formalidad exigida por la ley para que se perfeccione el contrato es la entrega de una cosa, nos encontramos ante un contrato real.³³

De acuerdo al Art.1459, el contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas solemnidades especiales, de manera que sin ellas no produce efecto civil, es decir, es absolutamente nulo. Ejemplos de contratos solemnes en el Código son la compraventa de bienes raíces y la hipoteca, que deben constar por escritura pública; el contrato de promesa que deben hacerlo por escrito, etc.

Entonces para que se perfeccione este contrato, es necesario el cumplimiento de la formalidad prevista por la ley, caso contrario se puede dar un caso de nulidad, conforme lo establece el Código en sus Arts. 1698 y 1699; o puede presentarse un caso de inexistencia, cuando se aplica la disposición del Art.1718; y si nos atenemos a la norma que contiene el Art. 1486 en la tercera categoría de ellas, la falta de formalidad da lugar a una obligación natural.³⁴

³³Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 89.

³⁴Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones*.



Según el Art. 1459, el contrato real es el que se perfecciona por la tradición de la cosa a que se refiere. En realidad, el precepto comete una impropiedad en el uso de los términos, pues la tradición es un modo de adquirir el dominio, y no en todos los contratos reales hay transferencia de él. Por ello es más propio definir el contrato real como el que se perfecciona por la entrega de la cosa. Pues si no existe la entrega, el otro contratante puede desistir del contrato, como ocurre con en el contrato de arrendamiento, según lo establece el Art. 1866, que de no haber entrega de la cosa arrendada al arrendatario, éste puede desistir del contrato (Abeliuk, 91).

Conforme lo expresamos en líneas arriba, un contrato es consensual, cuando el solo consentimiento de las partes lo perfecciona. La falta de consentimiento determina la inexistencia del contrato.

La trascendencia práctica de estos tres tipos de contratos que acabamos de ver, es sin duda tener presente, qué requisito es necesario, para el perfeccionamiento de cada contrato, ya que dependiendo de estas circunstancias y de su incumplimiento, se tendrá que determinar si se trata de un caso de inexistencia, nulidad u obligación natural, y a partir de esto, se establecerá la acción correspondiente, para su reclamo en vía ordinaria.

Clasificaciones doctrinarias de los contratos.- Las anteriormente estudiadas son las clasificaciones de los contratos que establece el Código; a ellas, la doctrina agrega otras divisiones de menor importancia, y estos contratos son: nominados e innominados; simultáneos y de tracto sucesivo; de libre discusión, de adhesión y de cláusulas predispuestas.



2.4 Los efectos de los contratos.

Siendo así que, en el ámbito civil, el contrato es un acuerdo de voluntades que tiene como finalidad crear, modificar o extinguir obligaciones, debemos referirnos a las tres posibilidades básicas que pueden encontrarse en la vida real respecto de los efectos del contrato.

Estas posibilidades son las siguientes:

a) Los efectos de los contratos respecto a las partes contratantes.- De conformidad con la regla que consigna el Art. 1464, “Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, surte respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo”. Por consiguiente, para que puedan darse los efectos que están llamados a producir los contratos, da exactamente igual que las partes hayan contratado personalmente o, a través de sus representantes legales o convencionales a través de la figura del mandato; pues estos representantes obligan a sus representados como si hubiesen contratado ellos mismos.

b) Respecto de los sucesores de las partes.- Entendemos la expresión “suceder” en el sentido de reemplazar o de sustituir una persona a otra. Desde este punto de vista en nuestro sistema de Derecho pueden encontrarse tres posibilidades con efectos diferentes, a saber:

I.- La que se produce en la sucesión por causa de muerte, en la sucesión a título universal, cuando, en virtud de la aceptación de la herencia, el heredero se vuelve responsable de las obligaciones transmisibles y titular de los derechos igualmente transmisibles. Sólo los derechos y las obligaciones intransmisibles se extinguen con



la muerte del causante. Debe tenerse en cuenta la limitación que respecto de la transmisibilidad de las obligaciones impone el beneficio de inventario y la posibilidad de repudiar la herencia. Pero si los herederos la aceptan, se aplica el principio mediante el cual el que contrata lo hace para sí y para sus sucesores, y, entonces, se obligan los herederos, a prorrata de su cuota, como si hubiesen contratado ellos mismos.

II.- En la sucesión a título singular la regla cambia, pues, en este caso, el legatario no es sino un acreedor más de la masa hereditaria; y si bien es cierto que en determinadas oportunidades puede responder también con el patrimonio que recibe, también es cierto que su responsabilidad es generalmente subsidiaria, salvo que el causante haya impuesto la responsabilidad directa, con un legado gravado y que el legatario haya aceptado la asignación que se ha diferido con este gravamen. Como el legatario no es responsable, en general, del pago de las deudas hereditarias, éstas sólo pueden exigírsele si se da el supuesto antedicho, pues, en los demás casos, la responsabilidad es de los herederos.

III.- Puede darse, finalmente, una especie de sucesión en los derechos y obligaciones, pese a que se realice un negocio jurídico entre vivos. Este caso puede producirse cuando un tercero adquiere los derechos y acciones en una sucesión hereditaria a través del contrato de cesión del derecho de herencia, o cuando se subroga, legal o convencionalmente, en los derechos de un tercero o, en fin, cuando adquiere un derecho litigioso a través del contrato aleatorio de cesión del derecho litigioso.

c) Respecto de terceros.- Podría suponerse que, precisamente porque se trata de terceros, los efectos de los contratos no les pueden ser aplicables, puesto que tales personas ni contrataron personalmente ni sucedieron en los derechos y obligaciones



de otros. No obstante, es posible que se den dos formas mediante las cuales los contratos pueden vincular a terceras personas. La primera consiste, en la obligación jurídica que todos tenemos de respetar la validez de los contratos legalmente celebrados. La segunda se halla directamente relacionada con dos proposiciones, a saber: la una, que nace de las figuras conocidas como la estipulación por otro y que comprende las dos situaciones reguladas en la ley por los Arts. 1465 y 1466, conocidas la primera, como la estipulación a favor de otro y la segunda, como la promesa de un hecho ajeno. De las normas citadas se desprende que, efectivamente, los contratos producen efectos respecto de terceras personas.³⁵

Los contratos producen tres efectos:

El primer efecto: el principio “El contrato es ley para las partes”.- Del contrato surge entre los contratantes deberes y derechos recíprocos, siempre y cuando esté legalmente celebrado, conforme nos enseña la regla, que se contiene en el Art. 1561, que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. Se produce, entonces, entre las partes contratantes, si el contrato es válido, un efecto vinculante, que las obliga, como obliga la ley a los habitantes de la República. La obligación que surge de los contratos se refiere a las partes contratantes, ya que el contrato es una declaración de voluntades, que establecidas en el mismo, manda, prohíbe, o permite; y por lo tanto se tiene que cumplir o materializar literalmente con lo estipulado.

Según la disposición del Art. 1561, el contrato no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo de las partes, o por causas legales, ya que, en caso contrario, el contrato dejaría de ser, una “ley para los contratantes”. Es decir para que el contrato quede sin efecto, se lo puede hacer por mutuo disenso, y esta figura se

³⁵Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Págs. 118 y ss.



llama resiliación. Pero también el contrato puede quedar sin efecto cuando están de por medio algunas causas legales, principalmente las vinculadas con las condiciones de existencia y de validez de los contratos, y las demás que están relacionadas a la forma o solemnidades que tienen que respetarse en cada caso, para que se consideren válidos los mismos.³⁶

El segundo efecto: el principio de la buena fe contractual (*pacta sunservanda*) que explícitamente consagra el Art. 1562, al decir “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

Esta regla contempla dos principios: el de la buena fe contractual y el de la responsabilidad contractual. Dentro del principio de cumplir el contrato de buena fe, está de por medio el principio de equidad, que implica de que cada parte que está obligada, haga lo que tenga que hacer y reciba lo que tenga que recibir de acuerdo con lo que se ha estipulado, esto desde la óptica de la buena fe. Pero además esto implica, que los contratantes han aceptado los principios de equidad que corresponden a la naturaleza del contrato, y los que, por la ley o la costumbre del lugar, se entienden incorporados en ellos, aunque no se los exprese; lo cual da lugar a una ventaja relativa a que los contratantes no están obligados a expresar precisamente los detalles que se suponen conocidos por las partes, como ocurre, por ejemplo, en la compraventa, en la que se dan entendidas las obligaciones del comprador y del vendedor, ya que la misma ley se encarga de establecerlas, bastando, por lo mismo, unas pocas líneas para que el contrato se entienda debidamente concluido. Precisamente, para hacer hincapié en estas reglas, la ley ha formulado el principio de lo que se llama “las cosas de la naturaleza de los contratos”

³⁶Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



que, conforme al Art.1460 en relación con el No. 18 del Art. 7, son los elementos que se hallan incorporados en los contratos, sin necesidad de una cláusula especial, como ocurre con la cláusula resolutoria tácita, regulada por el Art. 1505 para los contratos bilaterales perfectos, que se declara incorporada para el evento de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado.

Las partes pueden incorporar temas de costumbre en los contratos civiles, siempre y cuando ambas partes se pongan de acuerdo; en cambio en mercantil los usos y costumbres, en el caso de que no esté nada previsto en la ley o en el contrato, suplen el silencio, mientras que en civil no suplen esos vacíos, sino únicamente cuando hay ley expresa que la contempla, o si las partes lo acuerdan pero respecto de prácticas o costumbres válidas que puedan ser utilizadas, es decir que tiene que ser una norma de conducta habitual, por un lapso de 10 años.³⁷

El tercer efecto: el principio de la responsabilidad contractual.- Este principio nace de la posibilidad de que los contratos puedan otorgarse ya en beneficio recíproco de los contratantes, ya en utilidad de una sola de las partes, lo cual da lugar, entonces, a que el grado de responsabilidad sea diferente.

La responsabilidad corresponde a la diligencia y cuidado que debe emplearse por las partes, el Art. 1563 dispone lo siguiente: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya

³⁷Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”. Cabe, entonces, recordar la regla del Art. 29 que dispone: “La Ley distingue tres especies de culpa o descuido: culpa grave, negligencia grave, o culpa lata; culpa leve, descuido leve o descuido ligero; y, culpa o descuido levísimo.

La parte final del Art. 1563, expresa que las reglas dadas por la disposición antedicha pueden modificarse por la estipulación de las partes, haciendo, por ejemplo, al deudor responsable de toda especie de culpa, aún de la levísima, cuando, según las reglas generales, sólo habría respondido por la culpa lata. Este principio se explica, si anteponeamos que la autonomía de la voluntad se admite dentro del Derecho Privado, para modificar ciertos principios que la ley los hace modificables.³⁸

Además la disposición, señala que no solamente hace falta que se alegue el incumplimiento del contrato, sino que también hace falta que lo demostremos, y que ese incumplimiento sea imputable a la parte que se le está demandando. En cambio si la otra parte alega caso fortuito o fuerza mayor, o que si fue diligente y tuvo el cuidado debido, también está en la obligación de demostrarlo. La prueba tiene que ser pertinente, la adecuada para cada caso.

El principio de la responsabilidad contractual, nos obliga también, a que tengamos en consideración, otro principio que se encuentra regulado en el Art. 1568: “la mora purga la mora”, es decir para poder exigir el cumplimiento, la parte que se considera

³⁸ Coello García, Hernán. *Obligaciones*. Pág. 125.



afectada tiene que haber cumplido, o estar en posibilidad de hacerlo, sin estar en mora; porque si está en las mismas condiciones que el incumplidor, hay una compensación de conductas, misma que no nos permite acceder a la administración de justicia.³⁹

2.5 El derecho general de prenda.-Generalidades.

Cuando adquirimos una obligación, nos estamos comprometiendo con todos nuestros bienes, para el cumplimiento de la misma, frente al acreedor, ya que estos bienes presentes o futuros del deudor, constituyen prenda general del cumplimiento de las obligaciones. Esto ha permitido que las personas seamos sujetos de crédito, muchas de las veces se presta dinero no solamente porque se quiere obtener lucro, sino fundamentalmente porque se tiene confianza en la persona que está recibiendo, para que cubra la obligación. En la práctica hay deudores que si cumplen con sus obligaciones pero otros no, y esto ha permitido que los acreedores se aseguren fortaleciendo al deudor con determinadas circunstancias, personales o reales para que de mejor manera, intenten responder a esa acreencia.

2.5.1 Las garantías.

Los riesgos que para el acreedor significa la insolvencia del deudor disminuyen cuando ha tenido la preocupación de obtener adecuadas garantías, encaminadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones, y que, pueden revestir variadas formas. Las más importantes garantías obedecen a la denominación genérica de cauciones. El Art. 31 las define y expresa que caución es “cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena”. Y agrega que “Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca”.

³⁹Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



Garantías personales y reales.- Las garantías pueden dividirse en dos grandes grupos: personales y reales.

En la práctica se encuentra un conjunto de garantías que tienen relación con las personas, es decir una persona garantiza a otra el cumplimiento de sus obligaciones, y estas son las garantías personales, que no tienen restricción, ya que la puede asumir cualquiera que tenga capacidad de acuerdo a nuestra legislación civil, y sin límites, ya que el único que puede poner un límite es el acreedor en cuanto al monto de la obligación, como ocurre en un crédito bancario. Esta garantía se caracteriza porque el acreedor dispone de otro patrimonio, además del patrimonio del deudor, para perseguir el cumplimiento de la obligación. Ejemplo la fianza, la solidaridad pasiva, la cláusula penal, etc.

Sin embargo más eficaces son las garantías reales, ya que se caracterizan porque afectan determinados bienes al cumplimiento de la obligación, siendo más importantes y típicas la prenda y la hipoteca; porque otorgan al acreedor dos inestimables ventajas: el derecho de persecución y el de pago preferente.

Los bienes hipotecados y empeñados no escapan a la persecución del acreedor por el hecho de que salgan del patrimonio del deudor, es más, puede perseguir estos bienes en manos de quienquiera que los posea y a cualquier título que los haya adquirido, conforme así lo disponen los artículos 2295 y 2330.



De otro lado, ya los persiga en poder del deudor o de un tercero, el acreedor prendario o hipotecario goza de la ventaja de pagarse con tales bienes con preferencia a otros acreedores.⁴⁰

2.6 El contrato de prenda civil y mercantil.

Concepto.-Según el Art. 2286 del Código Civil, “Por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor, para la seguridad de su crédito”.

Agregando a la definición sus principales consecuencias, la prenda de este modo puede ser definida como: Un contrato en que se entrega una cosa mueble a un acreedor para seguridad de su crédito, otorgándole la facultad de perseguir la cosa empeñada, retenerla en ciertos casos y pagarse preferentemente con el producto de su realización, si el deudor no cumple la obligación garantizada (Espinoza Prado, 123).

Características de la prenda.- La prenda es un contrato real, accesorio e indivisible. Además es un derecho real mueble, un privilegio y un título de mera tenencia.

Requisitos del contrato de prenda.- El contrato de prenda debe reunir en general, los requisitos o elementos de todo contrato, esto es: capacidad de los contratantes; que haya la entrega de la cosa prendada; individualización de la cosa prendada, y que las obligaciones sean susceptibles de garantizarse con prenda. En cada modalidad de prenda prevista en el código de comercio deberán respetarse las exigencias particulares que, en cada caso el legislador la ha impuesto.

⁴⁰ Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil*. Págs. 67, 69, 70.



❖ La Prenda Mercantil.

Concepto.-Es un contrato accesorio, escrito, formal, mediante el cual, el acreedor recibe determinados bienes muebles, para asegurar que el deudor que bien puede ser comerciante o perseguir una operación mercantil, cumpla con la obligación principal.

El contrato de prenda puede ser de tres clases: prenda comercial ordinaria, prenda especial de comercio y prenda agrícola e industrial. Estas tres clases de prenda se encuentran reglamentadas en los artículos 569 al 600 del Código de Comercio.

- **La Prenda Comercial Ordinaria.**- Esta clase de prenda, tiene una característica especial, porque recae sobre actos de comercio; además, esta prenda siempre es con desplazamiento. Las personas que intervienen pueden o no ser comerciantes, pero el deudor necesariamente debe ser comerciante, en caso de que no sea por acto de comercio. Puede ser objeto de prenda comercial ordinaria, los bienes (corporales) muebles, y bienes (incorporales), esto es: títulos valores, tales como acciones, títulos nominativos, de compañías industriales, comerciales o civiles, etc.⁴¹
- **La Prenda Especial de Comercio.**- La parte fundamental de este tipo de prenda es que se establece a favor de un comerciante matriculado en razón a los artículos o bienes que vende para ser pagados por el comprador (deudor) mediante el sistema de crédito; permaneciendo la prenda en poder del deudor. (Art. 575-A Cód. Com.)

⁴¹Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Derecho Mercantil.*



- **La Prenda Agrícola e Industrial.-** Se trata de un derecho de prenda sobre bienes muebles de usos industriales o agrícolas, que no dejan de estar en poder del deudor, ya que no hay desplazamiento de la prenda; de esta manera el deudor puede seguir trabajando con los mismos; además en esta clase de prenda sabemos sobre qué clase de bienes se puede constituir, pues el mismo Código de Comercio establece cuáles son; cosa que no pasa con el resto de prendas, ya que únicamente nos dice bienes muebles.

2.7.- El contrato de Hipoteca.

Concepto.-Nuestro Código Civil, en su Art. 2309, preceptúa que: “La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

Características de la hipoteca. Generalidades.- La hipoteca es un derecho real, accesorio, indivisible, que garantiza el cumplimiento de una obligación principal, que constituye un gravamen sobre bienes inmuebles, que no por ello dejan de permanecer en poder del constituyente, ese gravamen no se cancela mientras no se cancele totalmente la obligación principal, otorgando al acreedor el derecho de perseguir ese bien en manos de quienquiera que la posea y a cualquier título que la haya adquirido; y de pagarse preferentemente con el producto de la subasta. De conformidad con el Art. 2379 la hipoteca constituye un crédito de tercera clase.⁴²

Formas del contrato de hipoteca.- El legislador ha querido dar a la hipoteca, debido a su gran trascendencia, el carácter de un contrato solemne. En este orden, el inc. 1º del Art. 2311 dispone: “La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o

⁴²Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos”. Podrá ser una misma la escritura en que conste la hipoteca y “el contrato a que accede”, expone el inc. 2º de la norma invocada. Y el Art. 2312 añade: “La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción”.

Por regla general la hipoteca se otorgará por escritura pública, salvo algunas cuestiones especiales, establecidas por la ley. La hipoteca, como recae sobre inmuebles, aunque no implique transferencia de dominio, debe necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad, pues solo a partir de su inscripción surten los efectos legales correspondientes. Si no se inscribe no hay hipoteca, aunque se haya celebrado por escritura pública.⁴³

Validez de las hipotecas celebradas en el exterior.- Los contratos de hipoteca, celebrados en país extranjero, sobre bienes situados en Ecuador, están sujetos a las mismas formas que si se otorgan en el país. Naturalmente, el contrato deberá otorgarse por escritura pública, con arreglo al Art. 17 cualquiera que sea el valor que en el país en que se celebró se atribuya a las escrituras privadas. De idéntica forma el contrato deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad del cantón. Al respecto, el Art.2313 dispone: “Los contratos hipotecarios celebrados en nación extranjera surtirán efecto, con respecto a los bienes situados en el Ecuador, con tal que se inscriban en el registro del cantón donde dichos bienes existan”.⁴⁴

Por tanto si en un país extranjero, se celebró una hipoteca de un inmueble situado en el Ecuador, mediante documento privado, está no tendrá validez alguna en el país,

⁴³Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*

⁴⁴ Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil.* Pág. 123.



ya que no se va a inscribir ese contrato, y peor aún, si ya existe un juicio de por medio, no podrán ejecutar esa hipoteca.

Obligaciones que admiten garantía hipotecaria.- La hipoteca puede caucionar toda clase de obligaciones, cualquiera que sea su origen. La obligación a que accede la hipoteca puede ser civil o natural (Art.1488). Pueden, asimismo, caucionarse con hipoteca obligaciones futuras. En este orden, el inc. 3º del Art.2315, previene que la hipoteca podrá otorgarse “en cualquier tiempo antes o después de los contratos a que accede, y correrá desde que se inscriba”.

Especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito hipotecario.- Esta especialidad consiste en la determinación de la naturaleza y monto de la obligación que la hipoteca garantiza. Así pues, no basta individualizar los bienes afectos a la hipoteca; sino que, es necesario, además, individualizar el crédito para cuya seguridad se ha constituido.

Determinación del monto de la obligación garantizada.- ¿Hay facultad para constituir hipoteca en garantía de obligaciones de monto indeterminado? La respuesta es afirmativa, porque:

a) El Art. 2334 no menciona el monto de la obligación principal entre los requisitos de la inscripción, toda vez que su numeral cuarto dispone que la inscripción expresará “la suma determinada a que se extienda la hipoteca”, en caso del artículo precedente (hipoteca limitada).

b) También estipula, el Art. 2329, en caso de que la finca se pierda o deteriore en forma de no ser suficiente para seguridad de la deuda, permitiendo que el acreedor



impetres medidas conservativas, “si la deuda fuere líquida, condicional o indeterminada”.

Hipoteca limitada. Reducción de la hipoteca.- El Art. 2333 dispone: “La hipoteca podrá limitarse a una determinada cantidad, con tal que así se exprese de un modo inequívoco; pero no se extenderá en ningún caso a más del duplo del valor conocido o presunto de la obligación principal, aunque así se haya estipulado.”

Por consiguiente, si no se ha limitado el monto de la hipoteca, la ley le pone un límite. Así pues, como la disposición se refiere al importe “conocido o presunto” de la obligación caucionada, queda en claro que el monto de esta obligación puede ser determinado o indeterminado.

En este orden, con el objeto de evitar una incertidumbre que puede ser gravemente perjudicial para su crédito, “el deudor tendrá derecho a que se reduzca la hipoteca a dicho importe”, o sea, el doble del valor conocido o presunto de la obligación caucionada.

Al respecto el inc.2º de la norma invocada dispone que una vez conseguida la reducción, se efectuará a costa del deudor una nueva inscripción, “en virtud de la cual no valdrá la primera sino hasta la cuantía que se fijare en la segunda”.⁴⁵

En la práctica, por lo general se otorga hipoteca abierta y excepcionalmente hipoteca cerrada (limitada), esto es así, porque los deudores están conminados hacerlo, ya que el acreedor le pone esa condición para otorgarle el préstamo.

⁴⁵ Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil*. Pág. 123.



El sentido de que una hipoteca sea abierta, o sea limitada, va a depender de la obligación que se quiera garantizar, así una hipoteca abierta responderá por una o más obligaciones, es decir todas las que tenga el deudor para con el acreedor; y la hipoteca cerrada responde hasta por el monto que consta en la escritura correspondiente. Es una ventaja tener una hipoteca abierta siempre y cuando se tenga más de un título como obligación principal, ya que si no se tiene los instrumentos de crédito correspondientes, da lo mismo tener una hipoteca abierta o una cerrada.

El tema de la hipoteca abierta en las entidades del sistema financiero, cobra mayor importancia, ya que estas entidades tienen la facultad de empezar con un documento de crédito, pero por los servicios que le prestan al cliente, pueden ir generando otros créditos más; por esta razón, constituyen hipoteca abierta, para que garantice determinadas obligaciones y además, todas las que se contraiga en el futuro para con el banco.

Facultades del acreedor hipotecario.- La hipoteca da al acreedor hipotecario tres derechos, a saber:

a) Derecho de venta. Respecto de la finca hipotecada, el acreedor hipotecario tiene el derecho de hacerla vender para pagarse con el producto.

Al respecto, el Art. 2326 ordena: “El acreedor hipotecario tiene para hacerse pagar con las cosas hipotecadas los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda”. Es decir el acreedor tiene derecho, una vez que ya está con la ejecución a que se le pague con el producto del remate, con privilegio lo que se le debe, esto es capital, intereses convenidos, de mora y las costas. Hay un derecho preferencial, pues el acreedor hipotecario no está en la misma condición que el resto de



acreedores, ya, que ésta primero, antes que nadie para cobrar su crédito, salvo que otros tengan un mejor privilegio.

b) Derecho de persecución de la finca hipotecada. La enajenación de la finca hipotecada no afecta al derecho de hipoteca ni a la acción hipotecaria; toda vez que, la hipoteca es un derecho real que sigue a la finca; mientras que, la acción hipotecaria podrá dirigirse contra el actual propietario.

Al respecto el Art. 2330 dispone: “La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”. De lo expuesto, se desprende, el acreedor hipotecario, dispone del derecho de persecución, que no es otra cosa que la hipoteca misma, en cuanto afecta a terceros poseedores, que puede ser persona natural o jurídica, pública o privada.

Casos en que cesa: El inc. 2º del Art. 2330, trata sobre la excepción a la regla anterior, pues no todo adquirente de una finca gravada con hipoteca está expuesto al derecho de persecución. Así pues, no procede el derecho de persecución en el siguiente caso:

- ✓ Contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecada en pública subasta, ordenada por el juez.

Sin embargo, para que esta excepción surta efecto en favor del tercero, el inc. 3º de la norma invocada, establece que “deberá hacerse la subasta con notificación personal, en el término de emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas



hipotecas sobre la misma finca; los cuales serán cubiertos con el precio del remate, en el orden que corresponda”.

Entonces, para que termine el derecho de persecución, se extinga la hipoteca, y la misma quede purgada, es necesario que la finca se venda en las condiciones que señala el Art. 2330, cuyos requisitos son:

- ✓ Que la venta se haga en pública subasta, ordenada por el juez;
- ✓ Que se cite personalmente a los acreedores hipotecarios; y,
- ✓ Que la subasta se verifique transcurrido el término de emplazamiento.

c) Derecho de preferencia. Según el Art. 2372 las causas de preferencia son el privilegio y la hipoteca. El derecho de preferencia, junto con el derecho de persecución otorga a la hipoteca su extraordinaria eficacia como garantía. De acuerdo con lo dispuesto en el Art. 2379, la hipoteca corresponde a la tercera clase de créditos.

Las preferencias de que goza la hipoteca tienen los siguientes caracteres:

- La preferencia es especial. Porque recae únicamente obre el inmueble hipotecado. Por consiguiente, el acreedor no goza de ninguna preferencia cuando persigue otros bienes del deudor y, en caso de ser insuficientes los bienes hipotecados, el saldo insoluto pasa a la quinta clase de créditos.
- La preferencia pasa contra terceros. Tal es la obligada consecuencia del carácter real del derecho de hipoteca.



La hipoteca no excluye el derecho de prenda general del acreedor.- El establecimiento de una hipoteca no es obstáculo para que el acreedor persiga el cumplimiento de la obligación en otros bienes de deudor. Al respecto, el Art. 2327 establece que: “El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados”. Sin embargo, cuando el acreedor persigue otros bienes del deudor, no goza de la preferencia que la ley le confiere. Así ordena expresamente la disposición invocada “pero aquella (la acción hipotecaria) no comunica a ésta (la acción personal) el derecho de preferencia que corresponde a la primera”.⁴⁶

Algo muy importante que debemos tener presente respecto de este tema, es, que la disposición que acabamos de revisar, “**no es aplicable en los casos de excepción previstos en la ley**”. Pues como veremos más adelante, la Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, ordena en su Art. 5, que las obligaciones contraídas por los créditos de vivienda y de vehículos que cumplan las condiciones establecidas en esta ley, y que sean declarados de plazo vencido, serán cobradas a través de la ejecución del bien dado en garantía, pues una vez rematado o subastado el bien entregado en garantía, dicha obligación se extinguirá por lo que el acreedor no podrá perseguir los bienes personales del deudor. Por lo tanto el Art. 2327, es inaplicable en los casos señalados; eliminando de esta forma la acción personal, a la que todo acreedor tenía derecho, respecto de los demás bienes del deudor.⁴⁷

Extinción de la hipoteca. Maneras de extinguirse la hipoteca.- Tanto la hipoteca, como la prenda, se extinguen por vía principal o consecencial.

⁴⁶ Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil*. Pág. 123.

⁴⁷ Parafraseado.



a) Por vía de consecuencia se extingue la hipoteca cada vez que se extinga, por los modos generales de extinguirse las obligaciones, la obligación principal.

Al respecto el inc. 1º del Art.2336, ordena: “La hipoteca se extingue junto con la obligación principal”. Por lo tanto extinguida la obligación principal, se sobreentiende que se extinguió también la obligación accesoria, esto es así en el caso de una hipoteca cerrada; pues, si estamos frente a una hipoteca abierta se debería hablar en plural, es decir extinguidas todas las obligaciones principales existentes entre deudor y acreedor, se extinguirá también la hipoteca abierta.

b) Se extingue por resolución del derecho del constituyente, conforme así lo ordena el inc. 2º del Art. 2336. Al respecto, el Art. 2318 dispone que la hipoteca de una cosa en la que se tiene un derecho eventual, limitado o rescindible, se entiende hecha con las condiciones o limitaciones a que el derecho está sometido, aunque así no lo exprese. También el inc.2º del Art. 2318, dispone que cuando está sujeto el derecho a una condición resolutoria, “tendrá lugar lo dispuesto en el Art. 1507”. Dicho de otro modo, se extinguirá la hipoteca siempre que la condición resolutoria conste en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública.

c) La hipoteca también se extingue, por la llegada del día hasta el cual fue constituida (plazo), según el inc. 3º del Art. 2336.

d) Finalmente la norma antes invocada ordena que la hipoteca se extingue “por la cancelación que el acreedor otorgue por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva”.



La disposición no se refiere al acuerdo entre las partes, sino al consentimiento del acreedor, ya que este es el único que tiene la potestad para hacerlo, ya que incluso puede cancelar la hipoteca, sin que se le haya pagado la obligación principal, si así lo decide el acreedor.

Otras causas de extinción de la hipoteca.- Además la hipoteca se extingue junto con la obligación principal; así mismo, por la prescripción; ya que si prescribe la obligación principal, la hipoteca también prescribe y se debería demandar la cancelación de la misma, porque al prescribir la obligación principal, esa obligación dejó de ser civil y se convirtió en natural.

Fuera de los modos de extinguir las obligaciones señalados en el art. 1583, está también la muerte, y la condición resolutoria. Hay quienes piensan que la obligación principal a veces termina con la muerte, esto si pasa pero no comúnmente porque mucho depende, de si las obligaciones son o no transmisibles, ya que estamos frente a derechos de crédito que son netamente transmisibles, y la obligación accesoria constituida a favor de un acreedor que falleció pasa a responder a sus herederos, y en el caso de los deudores, transmiten también esa obligación, pues el bien hipotecado es de la sucesión, y esta asume el gravamen.⁴⁸

⁴⁸Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones.*



CAPITULO III

EL PAGO COMO MODO COMÚN PARA EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES Y LA EJECUCIÓN FORZADA DE LAS OBLIGACIONES DE DAR.

3.1.- El Pago.- Generalidades.

La institución jurídica de las obligaciones está determinada por su finalidad práctica, que es la de asegurar el intercambio comercial de bienes y servicios entre los asociados en orden a la satisfacción de las necesidades económicas de estos. Tiénese, en consecuencia, que el modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de estas prestaciones. El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexo jurídico que los unía se extingue, se *soluciona*, por regla general (Ospina, 318).

3.2.- Del pago efectivo en general. Concepto.

El Código Civil, en su Art. 1584 define este modo extintivo así: “Pago efectivo es la prestación de lo que se debe”, fórmula omnicomprendiva del fenómeno, porque abarca toda clase de obligaciones, rectificando la idea vulgar de que el pago se circunscribe a la cancelación de las obligaciones de dinero. Se paga una obligación *de dar* cuando se hace tradición de la especie o del género objeto de la dación; paga su obligación *de hacer* el arrendador que le entrega al arrendatario la cosa arrendada y lo mantiene en el uso de ella; y está pagando el deudor de obligación *de no hacer* mientras se abstiene de ejecutar el hecho prohibido.⁴⁹

⁴⁹ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 318.



Por tanto, “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe” o dicho lo mismo en distintas palabras, el cumplimiento de la obligación en la forma que ella se encuentra establecida.

El pago efectivo, es el modo más común de extinguir las obligaciones, ya que se obligan sabiendo que tiene que pagar; solo por excepción se utilizan los otros mecanismos para extinguir las obligaciones, previstos en el art. 1583 del Código Civil.

3.3. Por quién y a quién debe hacerse el pago.

En este punto vamos a determinar, quién puede pagar y quién está facultado para recibir el cumplimiento. El que paga recibe el nombre de “*solvens*” y normalmente será el propio deudor, pero puede ocurrir también que pague otra persona por él. Y quién recibe el pago, recibe el nombre de “*accipiens*”, y normalmente será el acreedor, aun cuando es posible también que sean otras personas.⁵⁰

Por quién puede hacerse el pago.- Como ya mencionamos lo normal, es que la obligación sea cumplida por la persona a cuyo cargo existe directa o subsidiariamente, vale decir, por el deudor absoluto o sus herederos, por su representante legal o convencional (mandatario), por los codeudores solidarios o de la obligación indivisible, o por quienes acceden a la obligación principal ajena, ya directamente como fiadores, o ya indirectamente, como el propietario del bien hipotecado en garantía de aquella. Pero es más, de acuerdo al inc. 1º del Art.1588: “Puede pagar por el deudor cualquier persona a nombre del deudor, aún sin su conocimiento o contra su voluntad, y aún a pesar del acreedor”. De lo cual se deduce que cualquier tercero, esto es, toda persona extraña al vínculo obligatorio y carente

⁵⁰ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 381.



de la representación legal o convencional del obligado u obligados, también está autorizado por la ley para hacer el pago (Ospina, 320).

Por tanto, de conformidad con la norma invocada, en principio, toda persona está autorizada para pagar una obligación propia o ajena, sin que el acreedor pueda oponerse a ello, pues carecería de justificación que se negase a aceptar la satisfacción de su derecho, cualquiera que sea quien se la proporciona. Desde luego, este principio está sujeto a excepción expresamente establecida por la ley, cuando la obligación del deudor es *intuitu personae*. Al respecto, el inc.2º del Art.1588 establece que: "... si la obligación es de hacer, y si para la obra de que se trata se ha tomado en consideración la aptitud o talento del deudor, no podrá ejecutarse la obra por otra persona, contra la voluntad del acreedor".

a) Pago efectuado por el propio deudor o su representante: Nadie está más interesado en el pago que el deudor mismo, y de ahí que será habitualmente quien cumplirá la obligación desde que su deuda es exigible, y aun antes, si el acreedor consiente en ello o si aquel está facultado para renunciar el plazo pendiente. Pero al decir el deudor se comprende no sólo la persona física de él, sino cualquier persona que cumpla por cuenta suya. En consecuencia, paga el deudor cuando lo hacen por él su representante legal o convencional (mandatario), su heredero, o diputados especiales para hacer el pago, entre los cuales está el legatario a quien el testador ha impuesto la carga de pagar alguna deuda que sobre él pesa.

El pago realizado por cualquiera de las personas antedichas produce la extinción total o absoluta de la obligación. El acreedor queda satisfecho y ya nada puede exigirle al deudor, y este queda liberado, esto es, que el vínculo obligatorio desaparece, tanto por su aspecto activo (crédito), como por el pasivo (deuda).⁵¹

⁵¹ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 320.

b) Pago efectuado por personas interesadas en la extinción de la obligación:

Hay personas que no tienen la calidad de deudor directo, pero si éste no paga, pueden ser perseguidas por el acreedor y obligadas a pagar; tienen un manifiesto interés en extinguir la deuda y si pagan para evitar dicha presión del acreedor, se subrogan en los derechos de éste para cobrar al verdadero deudor. En tres casos puede presentarse esta situación: la codeudoria solidaria, la fianza, y las cauciones reales.⁵²

c) Pago efectuado por un tercero totalmente extraño a la obligación:

El citado Art. 1588 anunció que es aceptable que pague la deuda un tercero totalmente extraño al vínculo jurídico, alguien que no tiene nada que ver con la obligación, con la salvedad obvia de que dicha deuda exista en consideración de la persona del deudor (*intuitu personae*), caso en el cual solamente este puede ejecutar la prestación debida.

El pago que realiza un tercero extraño a la obligación produce efectos distintos: si se hace con el conocimiento del deudor, el *solvens* tiene frente a este la acción legal subrogatoria y la acción del mandatario, y así, depende de cuál de estas acciones él elija para determinar, respectivamente, si la obligación subsiste con sus privilegios y garantías o si se ha extinguido por el pago, dando lugar a la acción de reembolso; si el pago se hace sin el conocimiento del deudor, la obligación se extingue absolutamente y el *solvens* no se subroga en el respectivo crédito, sino que nace en su favor otro crédito distinto, el de reembolso contra el deudor liberado, a menos, desde luego, que el acreedor se allane a cederle el crédito al *solvens* o a subrogarlo convencionalmente en él, caso en el cual la obligación no se extingue, sino que cambia de acreedor (Art. 1589); en fin, si el pago se ha hecho contra la voluntad del deudor, la obligación se extingue, pero el *solvens* tiene acción de *in rem verso* contra

⁵²Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 382.



el deudor, si el pago la ha sido útil a este y dicha utilidad subsiste al tiempo de la demanda de aquel.(Art. 1590 y 2191).⁵³

A quien debe hacerse el pago.- Este aspecto es de enorme trascendencia según el aforismo jurídico “de quien paga mal, paga dos veces”. De acuerdo al Art. 1592 el pago puede hacerse válidamente:

- Al acreedor mismo, que al igual que en el caso del deudor, será lo normal;
- A sus representantes, y
- Al poseedor del crédito.

Al acreedor.- “Para que el pago sea válido, debe hacerse, o al acreedor mismo, bajo cuyo nombre se entienden todos los que le hayan sucedido en el crédito, aún a título singular” (Art.1592).En consecuencia, al decir acreedor se entienden comprendidos los herederos, el legatario del crédito y el cesionario del mismo, ya que a diferencia de lo que ocurre con las deudas, los derechos personales son perfectamente transmisibles. Sin embargo, hay casos en que el acreedor mismo no puede recibir el pago, y el Art.1594 sanciona con la nulidad el que se le efectúe en las siguientes situaciones:

1º **Si el acreedor es incapaz.-** De acuerdo al N.1º del citado precepto “El pago hecho al acreedor es nulo... si el acreedor no tiene la administración de sus bienes”. No hay en ello sino una aplicación de los principios generales, pues siempre hay nulidad en los actos de los incapaces si no se remedia la incapacidad por los medios que la ley franquea.

⁵³Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Págs. 327,328.



Hay un caso de excepción en que el pago efectuado al acreedor incapaz es válido, que señala el mismo N.1º del Art.1592: si la cosa pagada se ha empleado en provecho del acreedor. El solvens debe probar el beneficio para éste, de acuerdo al Art.1705, al que se remite expresamente el N.1º de la norma invocada.

2º Embargo y retención del crédito.- De acuerdo al N.2º del Art.1594, es nulo el pago hecho al acreedor “Si por el juez se ha embargado la deuda o mandado retener el pago”.

El derecho de garantía general que tienen los acreedores - en los casos permitidos por la ley - sobre el patrimonio del deudor les permite perseguir para el pago de sus acreencias todos los bienes de éste, incluidos en consecuencia sus créditos, a fin de pagarse sus propios créditos con el producto del cumplimiento de ellos por los correspondientes deudores del deudor demandado. En consecuencia en el juicio respectivo pueden embargar los créditos, y el embargo produce precisamente el efecto de retirar del comercio jurídico el bien embargado. Por ello es que el Art.1480 N.3º, declara que hay objeto ilícito y por ende nulidad absoluta, en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, y el Art. 1594, la nulidad del pago efectuado. Si no fuera así, quedaría burlado el embargo al enajenar el crédito el ejecutado o recibir su pago.

Tanto el embargo como la retención deben notificarse al deudor, pues en caso contrario es válido el pago. El uno y el otro duran hasta que son alzados por orden del Juez, y para la validez del pago es preciso que todos ellos se hayan alzado.



Si el deudor no paga porque se ha embargado el crédito, o se ha dictado un decreto de retención, no hay mora de su parte, pues la orden de autoridad constituye un caso fortuito o fuerza mayor que justifica el incumplimiento. La sanción, como queda dicho en caso de que el deudor infrinja la prohibición y efectúe el pago, es la ineficacia de éste, y, en consecuencia, deberá pagar otra vez.⁵⁴

3º Insolvencia del deudor.- Finalmente, el N. 3º del Art.1594 declara no válido el pago efectuado “al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso”. Este numeral hace referencia al presunto deudor insolvente, ya que el concurso de acreedores se da, desde que se presume la insolvencia, pues la declaratoria de insolvencia es cuando al final ya no se pudo cubrir absolutamente nada. Para declarar la insolvencia, siempre se hace mediante publicación por la prensa, por lo tanto no hace falta notificación. En este caso para que el pago sea considerado válido el solvens, tiene que consignar el pago, para que sean los acreedores quienes reciban.⁵⁵

Representantes del acreedor.- De acuerdo a la parte final del inc. 1º del Art. 1592, puede recibir el pago por el acreedor “la persona que la ley o el juez autoricen a recibir por él, o... la persona diputada por el acreedor para el cobro”. Por su parte, el Art. 1595 amplía los conceptos, pero todo ello puede sintetizarse diciendo que reciben válidamente el pago los representantes legales, judiciales y convencionales del acreedor facultados para ello.

Diputado para recibir el pago.- El mandato que otorga el acreedor para recibir el pago toma el nombre especial de diputación para recibir el pago, y el mandatario, de

⁵⁴ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Págs. 387, 388.

⁵⁵ Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones*.



diputado para recibirlo; se refieren a él los Arts.1596 a 1602, que se limitan, en general, a aplicar las reglas comunes del mandato.⁵⁶

“Puede ser diputado para el cobro y recibir válidamente el pago, cualquiera persona a quien el acreedor cometa este encargo...” a términos del Art. 1597.

3.4.- Cómo, cuándo y dónde debe hacerse el pago.

Cómo debe hacerse el pago.- Para que haya pago debe efectuarse la prestación en que la obligación consiste. Por ello el inc.1º del Art.1585 dispone que: “El pago se hará, bajo todos respectos, en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes...”. Esta fórmula es defectuosa porque parece restringir el principio de la plenitud y perfección del pago a las obligaciones emanadas de un acto o contrato cuyo tenor habría de consultarse para juzgar si dicho pago reúne o no tales características, cuando lo cierto es que toda obligación, cualquiera que sea su fuente, debe cumplirse a cabalidad, en forma tal que consulte la finalidad del vínculo obligatorio, cual es la cumplida satisfacción del derecho del acreedor.⁵⁷

Para determinar, cómo debe hacerse el pago, la doctrina lo hace a través de tres principios:

1º Debe pagarse lo establecido y no otra cosa o hecho, lo que se llama identidad del pago;

2º El deudor debe cumplir íntegramente la obligación, lo que se designa como principio de la integridad del pago; y

⁵⁶ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Págs. 389, 390.

⁵⁷ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Pág. 341.



3º El pago debe hacerse de una sola vez, o principio de la indivisibilidad del pago.

Identidad del pago.-El acreedor no está obligado a aceptar una prestación diferente, ni el deudor puede tampoco ser forzado a darla. En ello se traduce el principio de la identidad del pago visto desde el lado activo y pasivo, respectivamente.

El inc.2º del Art.1585 lo mira desde el primer ángulo: “El acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”.

Que se debe pagar.-Para determinar en cada caso particular lo que el pago comprende, es menester distinguir según la clase de obligaciones de que se trate, y así, si ella es de hacer, se pagará ejecutando el hecho de que se trata, si es de no hacer, absteniéndose de efectuar lo prohibido y si es de dar, se pagará con la tradición o simple entrega de la cosa que se ha obligado a dar o entregar, para esto se distinguirá entre las obligaciones de género (Art.1525) y de especie o cuerpo cierto (Art.1606).⁵⁸

Lo importante es saber, que el pago se hará íntegramente en las condiciones, en las que se negoció, es decir el bien debe estar en buenas condiciones, debe hacerse de buena fe, tratando de no menoscabar el derecho del acreedor; y si las cosas que se deben no están en buenas condiciones, y es imputables al deudor, este deberá responder, salvo que los deterioros igual se hubiesen dado estando en posesión del acreedor (caso fortuito). El deudor siempre, tiene que tener la diligencia debida para custodiar la cosa, hasta la entrega efectiva del bien.

⁵⁸Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 394.



La integridad del pago.- Como la obligación debe cumplirse en la forma que esté establecida, el pago debe ser total, de la obligación y sus accesorios, de manera que el acreedor reciba de una vez la prestación íntegra.

De ello derivan tres consecuencias:

1º “El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales”. Es lo que doctrinariamente se llama indivisibilidad en el pago.

2º El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban. (inc.2º del Art. 1607).

3º Los gastos del pago son por regla general del deudor.

Los gastos del pago.- Si ellos corrieran por cuenta del acreedor ya no recibiría éste íntegra la prestación. Por ello el Art. 1587 declara que “los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales”.

La regla tiene, en consecuencia, las siguientes excepciones y limitaciones:

a) La convención de las partes, pues el precepto transcrito es meramente supletorio, como él mismo se encarga de advertirlo.



b) La disposición de la ley que en ciertos casos hace recaer en el acreedor o distribuye de otra manera los gastos del pago.

Así ocurre en el pago por consignación (Art.1620). Como el deudor recurre a este procedimiento por la negativa, indeterminación o imposibilidad de ubicar al acreedor, los gastos en que aquél incurra son de cargo de éste.

c) Y último, el mismo Art.1587 exceptúa lo que el juez ordene acerca de las costas judiciales.

Los Arts. 283 a 285 del Código de Procedimiento Civil determinan cuándo las partes deben ser condenadas en costas, de manera que si ellas no corresponden al deudor en el juicio de cobro que le ha seguido el acreedor, estos gastos serán de cuenta suya.⁵⁹

Respecto a las costas judiciales el Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone que “El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia”. Además en el inciso segundo se establece que, quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, a pagar las costas procesales, además pagará al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa...”. Esta disposición tiene concordancia con el Art.168 N.4 de nuestra Constitución actual.

⁵⁹Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 396.



Indivisibilidad del pago.- Este principio no es más que un derivado del anterior, porque la ley supone y con justa razón que si el acreedor es obligado a recibir el pago fraccionadamente, no obtiene íntegro el beneficio del cumplimiento. Por ello se ha resuelto que el tribunal no puede ordenar el pago de la indemnización de perjuicios por parcialidades.

La indivisibilidad se aplica a cada obligación considerada aisladamente, pero si entre el mismo acreedor y el mismo deudor existen diferentes deudas, cada una de ellas podrá ser satisfecha separadamente, pero en forma íntegra. Así lo señala el Art.1610, que da un ejemplo: “y por consiguiente, el deudor de muchos años de una pensión, renta o canon, podrá obligar al acreedor a recibir el pago de un año, aunque no le pague al mismo tiempo los otros”. Si no puede ser obligado a recibir el pago parcial, no hay inconveniente para que voluntariamente lo acepte, y en tal caso subsiste la deuda por la parte insoluta y el deber de pagarla íntegra.

Sin embargo, hay casos en que el acreedor tiene dicha obligación, como ocurre con las obligaciones conjuntas, según lo dispone el inc. 1º del Art.1527; o en los casos en que las partes hayan estipulado el pago por parcialidades.⁶⁰

Cuándo debe efectuarse el pago.- El deudor debe cumplir su obligación, no solo en la forma debida, sino también oportunamente, circunstancia temporal que se determina según la naturaleza de la obligación. Así, si esta es pura y simple debe cumplirse, vale decir, pagarse, una vez nacida; si es condicional, al realizarse el hecho futuro e incierto condicionante; y si es a plazo, a la llegada del día o al realizarse el hecho futuro y cierto señalado como término para el cumplimiento. En tales casos la obligación es exigible y si el deudor no la paga incurre en retardo que lo expone a la ejecución coactiva y que, sumado a la reconvención, se convierte en

⁶⁰ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 397.



mora, hecho este que apareja la acción indemnizatoria de los perjuicios causados al acreedor.⁶¹

Dónde debe efectuarse el pago.- El lugar donde debe hacerse el pago no solamente tiene interés para determinar la validez de la oferta que para el efecto formule el deudor al acreedor y del cobro que este le haga a aquel, sino también para fijar la competencia del juez que haya de conocer del juicio que se ventile con motivo del incumplimiento de la obligación o del pago por consignación que promueva el deudor.

De conformidad con las reglas que al respecto establecen los Arts. 1603 a 1605 del Código Civil, hay que distinguir para determinar el lugar donde debe hacerse el pago, si dicho lugar ha sido señalado por los interesados o si estos han guardado silencio, caso en el cual lo fija la ley.

a) Domicilio convencional para el pago.- A tenor del Art.55 del Código Civil: “Se podrá en un contrato establecer, de común acuerdo, un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato”. Aplicación concreta de esta regla general es la que para el pago establece el Art.1645, *ibídem*.

Tiénese, por consiguiente, que la ley contractual determina, en primer término, el lugar donde debe hacerse el pago de la obligación. Si los interesados han señalado un domicilio especial para todos los efectos extrajudiciales del contrato, o solo para el pago de alguna o algunas de las obligaciones que este genera, el deudor y el

⁶¹ Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Págs. 349,350.



acreedor, salvo el caso de que posteriormente convengan otra cosa, deberán atenerse a dicha estipulación.⁶²

b) Domicilio legal para el pago.- Si los contratantes hubieren guardado silencio acerca del lugar donde deba cumplirse la obligación, o si esta fuere de origen extracontractual, se aplican las reglas de los Arts. 1604 y 1605 del Código Civil, a saber:

1ª) “Si no se ha estipulado lugar para el pago, y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación”. (Art.1604 inc.1º).

2ª) “Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor”. (Art.1604 inc.2º). En la expresión “otra cosa” quedan incluidas toda clase de obligaciones.

Sin embargo, se ha producido una pequeña discusión respecto a qué debe entenderse por domicilio del deudor, si el que tenía al tiempo de la convención o en el momento del pago. La mayoría de las opiniones estamos por lo primero, porque según veremos en seguida, el Art.1605 se pone precisamente en el caso del cambio de domicilio y no distingue en absoluto, y en consecuencia se aplica íntegramente a los Arts. 1603 y 1604 y las distintas situaciones que ellos contemplan.

En efecto, el Art.1605 dispone que “Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor, entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar

⁶²Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Págs. 347, 348.



en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa”.⁶³

3.5.- Efectos del pago.

Nada más simple que el efecto del pago: normalmente pone término a la obligación, deja ésta de producir efectos jurídicos, porque agotó íntegramente el objetivo para el cuál nació. Extinguida la obligación, con ella mueren sus accesorios, y así si la deuda estaba garantizada por prenda, fianza, hipoteca, etc., ellas también terminan.

En dos casos, sin embargo, el pago puede producir efectos posteriores:

1º Si es parcial y el acreedor lo ha aceptado o visto obligado a hacerlo en algunas situaciones, como por ejemplo cuando la especie o cuerpo cierto ha sufrido deterioros. En tal situación hay incumplimiento parcial, produciéndose los efectos propios de éste; y

2º Cuando se presenta alguna de las modalidades del pago, como por ejemplo una subrogación en que la deuda no perece íntegramente sino que subsiste con diferente acreedor: el que efectuó el pago.⁶⁴

⁶³ Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Pág. 400.

⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 403.



3.6.- La ejecución de las obligaciones de dar (pago de dinero) en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Por su carácter de vínculo jurídico, el cumplimiento no queda a la voluntad del deudor; éste debe cumplir, y si no lo hace, el acreedor tiene el derecho al amparo del Estado para que lo fuerce a hacerlo. Este, a través de sus órganos judiciales e inclusive con la ayuda de la fuerza pública, si es necesario, impondrá este derecho del acreedor. Para ello, el acreedor deberá probarle la existencia de la obligación.

Ante todo importa tener en cuenta que, desde el punto de vista procesal, para que haya lugar a la ejecución coactiva de una obligación de pagar dinero, el acreedor deberá previamente demandar al deudor el pago de su acreencia, y alcanzar una sentencia favorable, por parte de un órgano jurisdiccional.

Como sabemos para demandar en juicio ejecutivo, el acreedor deberá estar provisto de alguno de los títulos ejecutivos relacionados en el Art.413 del Código de Procedimiento Civil; ya que dentro de este juicio, el acreedor podrá pedir desde que se presenta la demanda hasta antes que se dicte sentencia medidas cautelares que permitan asegurar el cumplimiento de la obligación demandada; ejemplo si el deudor tiene un bien, se puede pedir que se ordene la prohibición de enajenar, etc.

Por lo tanto cuando el deudor incumple una obligación de dar o entregar al acreedor suma de dinero, la ejecución coactiva supone simplemente el agotar el proceso declarativo u obtener sentencia firme en el ejecutivo; para el efecto se tendrá en cuenta el Art. 438 y ss. del Código de Procedimiento Civil.



De conformidad con el Art. 438 ibídem, ejecutoriada la sentencia, el juez ordenará la liquidación correspondiente. Una vez hecha y aprobada la liquidación, se dispone que el deudor dentro de veinticuatro horas pague o señale bienes equivalentes al capital, intereses y costas; caso contrario se aplicará el Art. 439, que establece que “Si el deudor no señalare bienes para el embargo, si la dimisión fuere maliciosa, si los bienes estuvieren situados fuera de la República o no alcanzaren para cubrir el crédito, a solicitud del acreedor, se procederá al embargo de los bienes que éste señale, prefiriendo dinero, los bienes dados en prenda o hipoteca, o los que fueron materia de la prohibición, secuestro o retención...” Al respecto el Art. 442 señala que “Si hubiere hipoteca especial o prenda, serán los bienes gravados los que se embarguen preferentemente. Con todo, podrán embargarse otros bienes, en caso de insuficiencia de la cosa hipotecada o prendaria...”.

En definitiva, el deudor que no cumpla la sentencia, se le impone el cumplimiento embargando sus bienes para el remate, que son la prenda general del cumplimiento de sus obligaciones, si no ha otorgado una garantía real que, en este caso, deberá ser la que se embargue, provocando el remate para que, con el producto de la subasta, se haga el pago de lo adeudado.

3.7.- El alcance del principio: Los bienes del deudor son prenda general del cumplimiento de sus obligaciones.

Según dispone el Art. 2367 del Código Civil “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley”.



Según esta disposición, el deudor que se obliga compromete la integridad de su patrimonio. Así, los acreedores pueden perseguir la ejecución de sus créditos en el patrimonio íntegro del deudor, tal como está constituido al tiempo de ejecución, con excepción de los bienes inembargables. Esto no quiere decir que el deudor renuncia de la facultad de disponer de sus bienes, ni de contraer nuevas obligaciones. Toda vez que en principio, los acreedores no tienen derecho para intervenir en la gestión patrimonial del deudor; y en este orden el acreedor cree en la buena fe del deudor, porque confía en su lealtad para cumplir los compromisos que contrae en su favor. De tal forma que el patrimonio del deudor puede experimentar alternativas, sea por la enajenación de bienes, o, sea por el hecho de contraer nuevas obligaciones.

De lo manifestado se puede concluir que, el derecho de prenda general, constituye una garantía para los acreedores en la medida de la solvencia del deudor.⁶⁵

Actualmente el alcance del derecho general de prenda en el Ecuador, ya no es el mismo, conforme lo veremos en el próximo capítulo, ya, que a raíz de la expedición de la Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, y la reforma que se ha hecho al artículo en mención, sea limitado el derecho que tienen los acreedores de hacer efectivo su crédito con los bienes muebles e inmuebles, futuros o presentes del deudor, pero únicamente respecto a obligaciones vinculadas con créditos hipotecarios y créditos contraídos para la adquisición de vehículos que se sujeten a lo regulado por la mencionada ley.

⁶⁵ Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil*. Págs. 65-66.



CAPITULO IV LA NUEVA LEY “HIPOTECARIA” ECUATORIANA.

4.1 Antecedentes.

Esta ley fue impulsada por el Presidente de la República, Economista Rafael Correa Delgado, quien la envió a la Asamblea Nacional, con el carácter de urgente en materia económica, con el propósito de regular los créditos hipotecarios para vivienda y evitar, así, el abuso del sector bancario en el país.

La propuesta de ley, fue emitida como respuesta a la situación que vivían los migrantes ecuatorianos en España, debido a la crisis económica y financiera que atraviesa este país, en la que numerosas personas, entre estas migrantes ecuatorianos, que contrataron un préstamo hipotecario con la banca española para la adquisición de su vivienda habitual, se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones.

La crisis que se desato en los países europeos, fue a consecuencia de la desregularización de la economía, el efecto de la globalización, la liberalización y generación de nuevos negocios financieros y el exceso de liquidez, pues esto obligó a los bancos a entregar créditos sin calificar el riesgo de manera correcta, incluso sin un estudio acucioso de los clientes. Esta expansión del crédito, en especial del hipotecario, tuvo como efecto que los constructores incrementen el precio de los bienes inmuebles de una manera desproporcionada, y como lo define la ley de la oferta y la demanda, si hay una presión por adquirir casas y departamentos y existen instituciones listas para otorgar los créditos, entonces el precio de los bienes tiene que subir. Apareció de pronto una burbuja inmobiliaria que no pudo contenerse y explotó causando un gran problema a todos los involucrados (excepto a los constructores, pues ellos ya obtuvieron sus ganancias), sin embargo, los más



afectados fueron los inversionistas de las instituciones financieras, el Estado, que se vio obligado a recurrir al salvataje bancario y principalmente los deudores, quienes a pesar de perder sus propiedades, quedaron endeudados, pues los bienes avaluados anteriormente en montos altos, habían perdido su valor y fueron rematados en cantidades que no alcanzaban a cubrir las deudas adquiridas.⁶⁶

Nuestro Presidente, el Eco. Rafael Correa, en su visita a España en marzo de 2012, criticó la ley hipotecaria de España indicando que conculcaba los derechos humanos y mostraba la supremacía del capital sobre los seres humanos. Como la crisis hipotecaria española, afectaba también a los migrantes ecuatorianos residentes en España, este fue el motivo que llevo a que el ejecutivo presente esta iniciativa de ley. Al documento, que inicialmente se proyectó como Ley Regulatoria del Crédito de Vivienda, se le dio la facultad de orgánica y se le incorporó los créditos contratados para la compra de un único vehículo; además se estableció como alternativa la entrega en dación en pago de los bienes hipotecados y vehículos prendados, para saldar las deudas.

Por todo esto, se creó un intenso debate respecto a si era beneficioso o no que dicha norma entre en vigencia en el país; participaron en el debate representantes de los bancos privados, de la Cámara de la construcción, asambleístas, el público en general, pero principalmente los medios de comunicación, tanto con entrevistas, debates y opiniones de sus editorialistas (Montero P. 2012, p 216).

La Asamblea Nacional discutió y aprobó la LEY ORGÁNICA PARA LA REGULACIÓN DE LOS CRÉDITOS PARA VIVIENDA Y VEHÍCULOS, en primer debate el 24 de abril de 2012, en segundo debate el 8 de mayo de 2012 y se

⁶⁶MONTERO, P. “Regulación de los créditos de vivienda y vehículos. ¿Disminuirá nuestra opción de contar con estos bienes?”, Pág. 215-216.



pronunció sobre la objeción parcial del Presidente de la República el 21 de junio de 2012. Entró en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial Suplemento 732 de 26 de junio de 2012.

La Asamblea aprobó esta ley considerando, que el Estado debe proteger a la familia como el núcleo de la sociedad, que ejecutará la rectoría para la planificación, regulación, control financiamiento y políticas de hábitat y vivienda, que debe fomentar el acceso a los servicios financieros y la democratización del crédito, y, que es necesario regular la responsabilidad del deudor que mantiene un crédito con las entidades del sistema financiero, a fin de que en caso de incumplimiento, no se comprometa su patrimonio personal además del inmueble adquirido que se destine a vivienda o del vehículo de uso familiar o personal.

4.2 La Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos, análisis crítico y pormenorizado de cada una de sus disposiciones y comentarios al respecto.

Art. 1.- Ámbito.—*“Esta Ley regula los créditos de vivienda y de vehículos, contraídos por personas naturales, en las condiciones establecidas en los artículos siguientes. Las normas previstas en la presente Ley son de orden público”.*

Art. 2.- Objeto.—*“La presente Ley tiene por objeto garantizar a las personas el derecho al hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, así como el acceso a la propiedad, por medio de la regulación de las actividades financieras referidas al crédito para vivienda y vehículos”.*



Análisis y comentario al respecto.- Las dos disposiciones transcritas contemplan algunos aspectos que merecen nuestra atención; en primer lugar, se dice con absoluta claridad que la ley regula, exclusivamente, los créditos de vivienda y vehículos que cumplan las condiciones que se detallan en la disposición siguiente y que igualmente la analizaremos, lo que implica señalar que no contiene disposiciones que deberán aplicarse a todos los créditos enunciados, por lo que este particular debe tenerse muy en consideración para evitar inconvenientes y mal entendidos entre las partes y, fundamentalmente, porque aquellos que no estén amparados por esta ley, seguirán regulados por las disposiciones generales.

En segundo lugar y quizá lo más relevante es que el asambleísta señala que las normas materia de estudio son de orden público, lo cual implica sostener que el Estado ecuatoriano las asume como necesarias y adecuadas para una mejor convivencia social; y, en tercer lugar, se dice que la ley facilita el acceso a una vivienda adecuada y digna, así como el acceso a la propiedad, particular que no lo compartimos, porque el objetivo principal de la misma es asegurar que los deudores, en esta clase concreta de créditos, ya no comprometan sus otros bienes para responder por ellos (G. Sacasari.).

Art. 3.- Condiciones.-*“Se beneficiarán de lo prescrito en la presente Ley los deudores de créditos hipotecarios y de los créditos contraídos para la adquisición de vehículos que se sujeten a las siguientes condiciones:*

Créditos hipotecarios:

1. Que se endeuden para adquirir o construir la única vivienda familiar o para la remodelación o readecuación de la única vivienda familiar;



2. Que el monto inicial del crédito no exceda 500 (quinientos) salarios básicos unificados para los trabajadores privados; y,

3. Que se constituya hipoteca en garantía del crédito concedido”.

Análisis y comentario al respecto.- Para que se pueda beneficiar un deudor de crédito hipotecario respaldado por esta ley, tendrá rigurosamente que cumplir con los tres requisitos señalados en esta disposición, a saber:

- ✚ El crédito tiene que ser para adquirir, construir o remodelar la única vivienda familiar, caso contrario no se sujetaría a esta Ley, sino a las normas generales previstas por nuestra legislación. Es decir, las personas que obtengan créditos para un segundo bien o más, aunque lo hagan con garantía hipotecaria están exentas de este respaldo y beneficio. Tal como está redactada esta parte de la disposición, nos permite colegir también que el beneficio es únicamente para las personas naturales y no jurídicas

- ✚ El monto inicial del crédito no debe exceder de 500 salarios básicos unificados, es decir, a la fecha 159.000 dólares.

- ✚ Debe constituirse hipoteca en garantía del crédito concedido. Con la hipoteca también podrán quedar respaldadas aquellas obligaciones adicionales a la compra o construcción de la vivienda, siempre y cuando los créditos posteriores que se hagan por parte de los clientes se utilicen para mejorar el inmueble o para efectuar remodelaciones, lo que implica sostener que la hipoteca será una de carácter abierta, pero que en esta oportunidad va a ser limitada a los créditos que adquiera el deudor para la construcción o para la compra o para sus mejoras, es decir para todo lo que tenga que ver con el inmueble adquirido.



Créditos para la adquisición de vehículos:

1. *Que se endeuden para adquirir un único vehículo de uso familiar o personal;*
2. *Que el monto inicial del crédito no exceda 100 (cien) salarios básicos unificados para los trabajadores privados; y,*
3. *Que se constituya prenda en garantía del crédito concedido o se pacte reserva de dominio sobre el vehículo”.*

Análisis y comentario al respecto.- En el caso del financiamiento de vehículos, también se deberá cumplir con los tres requisitos establecidos en el Art. 3, esto es:

- ✚ Que el crédito sea para adquirir un único vehículo de uso “familiar o personal”, por tanto no es de uso empresarial ni de trabajo. Los destinatarios de este beneficio serán siempre personas naturales, sin que sea indispensable que el uso del bien sea destinado a la familia.
- ✚ Que el monto inicial del crédito no exceda 100 (cien) salarios básicos unificados para los trabajadores privados, es decir, a la fecha el crédito no debe exceder de 31.800 dólares.
- ✚ Que se constituya prenda en garantía del crédito concedido o se pacte reserva de dominio sobre el vehículo. En caso de que se constituya una prenda, esta será cerrada, porque caucionará únicamente ese crédito, de manera que la misma fenezca con la cancelación de la deuda contraída. Lamentablemente en la disposición no se indica cuál de las tres clases de prenda que tenemos reguladas en el Código de Comercio es la que debe celebrarse, sin embargo, el Dr. Geovanni Sacasari por su experiencia y conocimiento, considera que la que debe



instrumentarse es la prenda industrial. De no constituir prenda, se podrá pactar la operación con reserva de dominio sobre el vehículo financiado, en cuyo supuesto las regulaciones especiales existentes al respecto en el mismo cuerpo legal antes invocado, serán las aplicables, con las excepciones previstas en esta ley.

Art. 4.- *“Los contratos que se suscriban para los créditos hipotecarios y de vehículos que cumplan con las condiciones establecidas en la presente Ley, no podrán caucionarse con fianzas, garantías solidarias, ni con garantías reales sobre otros bienes distintos de los que son objeto del financiamiento. Tampoco podrán suscribirse otros documentos de obligación autónomos en respaldo a la deuda hipotecaria o de financiamiento de vehículos. Los títulos que se otorguen en contravención a esta disposición, carecerán de causa lícita. La garantía constituida para caucionar los préstamos regulados por la presente Ley, podrán extenderse para cubrir otros créditos contraídos exclusivamente para mejoras, remodelaciones, ampliaciones o reparaciones del bien financiado. Estos nuevos créditos también se beneficiarán de lo prescrito en la presente Ley mientras se encuentre pendiente de pago el crédito original. Cualquier disposición en violación a esta norma se entenderá como no escrita. Estas disposiciones también serán aplicables a los fideicomisos o cualquier otro instrumento o mecanismo financiero que se constituyan en garantía de los créditos señalados en el artículo anterior. La Junta Bancaria o cualquier otro ente de regulación, en el ámbito de sus competencias, deberán regular y prohibir cualquier forma de elusión de estas normas”.*

Análisis y comentario al respecto.- (I).- Es absolutamente frecuente que los acreedores con el fin de asegurar el cumplimiento de los créditos que conceden exijan más de una garantía personal o real, pues quizá se considera que aquello resulta efectivo a la hora de exigir el pago al deudor. La ley materia de este análisis y comentario prohíbe expresamente aquello, en todos los créditos amparados por



sus disposiciones, con la finalidad de que sean los únicos bienes adquiridos con el producto del préstamo concedido los que respondan por el pago total de aquel.

(II).- Ha sido común en nuestro medio (y aún lo es) que el acreedor para sentirse sumamente protegido frente al deudor y hasta para presionarlo exitosamente y así acceda a sus exigencias económicas exageradas hacerle firmar y aceptar otros títulos de crédito. Con lo expresado en la ley todos aquellos títulos (instrumentos de crédito) otorgados en esas condiciones carecerán de causa lícita y, por tanto, las obligaciones en el contenidas se tendrán como inexistentes al tenor de lo dispuesto en los Arts. 1461 y 1483 del Código Civil (G. Sacasari).

(III).- La garantía real que en principio fue otorgada para respaldar exclusivamente el crédito concedido para la adquisición de la vivienda o el vehículo, puede, por excepción, extenderse o considerarse abierta para aquellos contraídos exclusivamente para mejoras, remodelaciones, ampliaciones o reparaciones del bien financiado, siempre y cuando, el crédito original aún se encuentre vigente. En esta parte considero importante que el acreedor deberá considerar lo antes indicado y en el instrumento respectivo dejar constancia en forma exprese de tales particulares, so pena de que el privilegio solo diga relación al crédito principal.

(IV).- Pero más todavía el contenido de esta disposición se hace efectiva a los contratos de fideicomiso mercantil en garantía, aunque en la norma solo se dice a los fideicomisos y a cualquier otro mecanismo contractual que se constituya para respaldar los créditos regulados por esta ley, con el objeto de asegurar se dé a aquellos deudores la protección correspondiente y el beneficio que se les concede sea una realidad inquebrantable.



(V).- Finalmente, se expresa que cualquier conducta contractual que contravenga lo manifestado se tendrá por no escrita, lo cual en derecho implica que será inexistente, sin que sea necesario acudir a la justicia para alcanzar tal declaratoria.

Art. 5.- *“Las obligaciones contraídas por los créditos señalados en esta Ley y que sean declaradas de plazo vencido, podrán ser cobradas a través de la respectiva ejecución o dación en pago del bien dado en garantía, con lo cual se extinguirá la deuda. Una vez rematado o subastado el bien entregado en garantía o entregado en dación en pago, dicha obligación se extinguirá por lo que el acreedor o sus sucesores en derecho, no podrán perseguir los bienes personales del deudor, ni de sus sucesores en derecho, ni de la sociedad conyugal, ni iniciar concurso de acreedores contra estos, ni aún alegando deudas pendientes por costas procesales, honorarios de abogados u otros gastos, por lo que no serán aplicables los artículos 2327 y 2367 del Código Civil ni el 105 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ni cualquier otro artículo que se oponga a la plena vigencia de la presente Ley. Para los créditos de vehículos, en caso de que se haya pactado la operación con reserva de dominio sobre el vehículo y cuando el deudor se encuentre imposibilitado de cumplir la obligación, la deuda se extinguirá al momento que el acreedor haga uso de sus derechos conforme el trámite establecido en el Código de Comercio, por lo cual el acreedor no podrá alegar deudas pendientes ni aún por costas procesales, honorarios de abogados u otros gastos. Esta disposición será aplicable también a los casos en los que se haya constituido un fidecomiso de garantía o cualquier otro instrumento o mecanismo financiero que garantice la deuda. La publicidad de las subastas y los remates, incluirán los medios tecnológicos que permitan una mayor transparencia y concurrencia para la obtención del mejor precio. De existir un excedente posterior al proceso de remate o subasta a favor del deudor, se lo entregará al mismo, según lo establecido en el Código de Procedimiento Civil”.*



Análisis y comentario al respecto.- En esta disposición se incorpora la parte medular de la ley, al señalar con total claridad que con la ejecución de la garantía o la dación en pago (entregar el bien al acreedor) se extingue la o las obligaciones, sin que el acreedor pueda perseguir, de existir, un saldo a su favor en el resto del patrimonio del obligado. Estos créditos permiten también el pactar la aceleración de pago, estipulación que, como conocemos, permite al acreedor si el deudor se encuentra en mora de una o más cuotas de su crédito, declarar de plazo vencido todo lo adeudado.

Así mismo dispone que una vez rematado o subastado el bien entregado en garantía, dicha obligación se extinguirá por lo que el acreedor no podrá perseguir los bienes personales del deudor, ni aun alegando deudas pendientes por costas procesales, honorarios u otros gastos. Por cuanto para los casos previstos por esta ley, ya no se aplicará los artículos 2327 y 2367 del Código Civil, cuyas normas se hallan actualmente reformadas por disposición precisamente de esta Ley; de tal manera que ahora establecen lo siguiente:

Art. 2327.- *“El ejercicio de la acción hipotecaria no perjudica a la acción personal del acreedor para hacerse pagar con los bienes del deudor que no le han sido hipotecados; pero aquella no comunica a ésta el derecho de preferencia que corresponde a la primera. **Esta disposición no se aplicará en los casos de excepción previstos en la ley**”.*

Art. 2367.- *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los **demás casos previstos en la ley**”.*



De conformidad con las disposiciones transcritas, particularmente por lo establecido en su parte final, esta Ley constituye un caso de excepción para la aplicación de sus contenidos, de tal manera que para un acreedor hipotecario o prendario que se sujete a esta Ley, se ha limitado el derecho que tenían para hacer efectivo su crédito con los bienes muebles e inmuebles, futuros o presentes del deudor.

Por otro lado, respecto a que la deuda se extinguirá con la respectiva ejecución o dación en pago del bien dado en garantía, consideramos que existen algunos ligeros inconvenientes, ya, que cambia el concepto que nosotros tenemos en materia civil y en materia mercantil; en primer lugar, porque confunde el objeto de la obligación, que en el caso de los créditos hipotecarios y los créditos contraídos para la adquisición de vehículos, el objeto es el dinero que se entrega para la compra del vehículo o para la compra, construcción o remodelación de una vivienda, es decir, se está confundiendo el objeto de la obligación con la cosa para lo cual fue destinado ese crédito, pues hay que tener en cuenta que son cosas completamente distintas y diferentes; en ese supuesto el Art. 1607 del Código Civil establece que: “el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba...”, en el caso que nos ocupa, es el dinero no la casa o el vehículo lo que se debe. Además, con mayor precisión, el Art. 1585 del mismo cuerpo legal, establece que: “el acreedor no estará obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida”, esto es, el dinero mas no la casa ni el vehículo adquirido, como en este caso, con la aplicación de esta ley, estaría obligado a hacerlo.

Adicionalmente, la disposición prevé extinción de la obligación sin que se mande a pagar costas judiciales, honorarios profesionales, u otros gastos; pero lo que no se ha previsto, es el hecho de que pasaría si el deudor litiga de mala fe. Al respecto vale la pena indicar que el Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre otras cosas establece que: “... *El régimen de costas procesales será regulado de*



conformidad con las previsiones de este Código y de las demás normas procesales aplicables a la materia. La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna. Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa...". En consecuencia, si una persona ha litigado de mala fe, de conformidad con la norma transcrita tiene que cubrir costas y honorarios, sin que se admita exención alguna, lo que sólo en el caso materia de estudio no acontecería por la excepción efectuada expresamente.

Asimismo, respecto a la operación con reserva de dominio, se establece que la deuda se extinguirá al momento que el acreedor haga uso de sus derechos; es decir, si a consecuencia del incumplimiento del deudor, el acreedor de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio, ejerce cualesquiera de las acciones a las que tiene derecho, esto es: revierte la propiedad a su favor, o solicita el remate del bien, sin que tenga derecho el acreedor a reclamar por costas procesales, honorarios profesionales o cualquier otro gasto. Por esta razón, también están reformados los artículos innumerados noveno y décimo *ibídem*, con el fin, de que no sean aplicables en los casos establecidos por esta Ley.

En efecto, el **Art. Noveno (9)**, establece que *"Si el comprador no pagare la cuota o cuotas establecidas en el contrato, o si vencido el plazo no cancelare lo que estuviere adeudando, la cosa vendida volverá a poder del vendedor, siguiendo el procedimiento señalado en el Art. 14 de la reforma (Art. 202-N) antes indicado. Podrá pactarse que en el caso de incumplimiento en la cancelación total del precio, las cuotas parciales pagadas en concepto del mismo, queden en beneficio del vendedor a título de indemnización, pero ésta en ningún caso podrá exceder de la tercera parte*



*del precio fijado en el contrato, incluida la cuota de contado; si las cantidades abonadas excedieren de la tercera parte, el vendedor devolverá dicho exceso al comprador. **Esta disposición no se aplicará en los casos exceptuados por la Ley.** Sin embargo del vencimiento estipulado en el contrato, según el plazo fijado, el comprador podrá recuperar los objetos adquiridos si dentro de los quince días posteriores a dicho vencimiento se pone al día en el pago de las cuotas u, ofrece garantía suficiente a satisfacción del vendedor”.*

De igual manera el **Art. Décimo (10)**, dispone que “*Si el vendedor lo prefiera podrá pedir al Juez que disponga el remate de los objetos vendidos con reserva de dominio de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 596 de este Código y las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, pudiendo además proceder conforme al trámite establecido para el remate de la prenda comercial. El producto del remate se aplicará al pago de las cuotas vencidas y se cubrirá además los gastos del remate, debiendo entregarse al comprador el saldo que hubiere. Si dicho producto no alcanzare a cubrir el valor del crédito, el vendedor podrá iniciar una nueva acción contra el comprador para obtener la cancelación del saldo que le quedare adeudando, inclusive los gastos judiciales. **Esta disposición no se aplicará en los casos exceptuados por la Ley**”.*

De la lectura de las dos disposiciones transcritas, podemos apreciar que el deudor, se encuentra en total desventaja frente al acreedor, ya que en caso de incumplimiento, la única opción que tiene es pagar las cuotas vencidas, o rendir una garantía suficiente, para, de esta forma poder recuperar el bien. Pero esta situación no debió haber sido tratada en esta Ley, porque creemos que más conveniente para la Asamblea Nacional, era el hecho de modificar todas esas cuestiones incómodas que tienen los deudores, reformando el procedimiento de ejecución de la venta con reserva de dominio, porque al establecer simplemente que la obligación se extinguirá con la entrega del vehículo, las acciones respecto a las operaciones con reserva de



domino ahora quedan sin efecto de conformidad con esta ley; pero lo más crítico es que solamente va a operar esta situación a manera de excepción para los que compren vehículos, cuando en la vida real la reserva de dominio se utiliza para toda clase de bienes muebles y, fundamentalmente, es utilizada por aquellos que están en actividades mucho más productivas, como es el caso de micro empresarios que compran maquinaria bajo esta modalidad; sin embargo ellos no tienen esta ventaja, por lo que se estaría vulnerando el principio de igualdad.

Finalmente esta disposición señala que esta ley será aplicable también a los casos en los que se haya constituido un fideicomiso mercantil o cualquier otro instrumento o mecanismo financiero que garantice la deuda. Es decir será aplicable únicamente a los fideicomisos mercantiles no a los civiles. Los acreedores de las instituciones financieras se han valido de esta institución jurídica (fideicomiso mercantil), en beneficio propio, por esta razón creemos que se hizo bien al incluirlos en esta ley, porque a través de esta institución simplemente los deudores han incorporado los bienes a un fideicomiso que es una persona jurídica autónoma, con patrimonio propio, que cuenta con instrucciones generales y especiales que deberán ser cumplidas con estrictez por la fiduciaria, siendo la más importante, la facultad que tiene, para que en caso de que el deudor no cumpliera con los pagos, inmediatamente sin necesidad de realizar un juicio para la recuperación del bien, porque en este caso el propietario de ese bien es el fideicomiso, por lo que está en capacidad de rematarlo o negociarlo a fin de cancelar la deuda pendiente con la institución financiera. Es decir las instituciones del sistema financiero han encontrado en el fideicomiso mercantil una figura totalmente eficiente y ágil para cubrir sus intereses, claro que podría ser en perjuicio de los deudores, pero esto también se corrige con la inclusión de este tema a la ley (G. Sacasari).



DISPOSICIONES REFORMATARIAS

PRIMERA.- “En el artículo 2327 del Código Civil incluir un inciso con el siguiente texto: “Esta disposición no se aplicará en los casos de excepción previstos en la ley”.

SEGUNDA.- “En el artículo 2367 del Código Civil incluir al final del artículo el siguiente texto: “y los demás casos previstos en la ley”.

TERCERA.- “Agréguese al final de los incisos segundos de los Artículos Innumerados Noveno (9) y Décimo (10) de la Sección V del Título II del Libro II del Código de Comercio, agregado por el artículo 1 del Decreto Supremo No. 548-CH, publicado en el Registro Oficial No. 68 de 30 de septiembre de 1963, el siguiente texto: “Esta disposición no se aplicará en los casos exceptuados por la Ley”.

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- “Una vez realizado el embargo, aprehensión o cualquier otro procedimiento de recuperación o ejecución de cualquiera de los bienes contemplados en la presente Ley, el crédito dejará de devengar intereses”.

Análisis y comentario al respecto.- Este particular resulta también una novedad trascendente para acreedor y deudor, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico prevé el cálculo y pago de los intereses hasta la fecha en la que realmente se realice la cancelación total de la obligación. Sin duda lo expresado se traduce en un nuevo beneficio para el deudor, debiendo en algunos casos el acreedor que ha emprendido la acción, acelerar el curso de la misma (G. Sacasari).



SEGUNDA.- *“Las sentencias extranjeras originadas en operaciones crediticias con garantía hipotecaria de vivienda situada fuera del país, que persigan el embargo y posterior remate de bienes muebles e inmuebles de ciudadanos y ciudadanas ecuatorianas no caucionados para dichos créditos, no serán ejecutadas en el territorio nacional por contravenir el ordenamiento jurídico ecuatoriano”.*

Análisis y comentario al respecto.- Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado quizá este resulta ser el aspecto más álgido de la ley, incluso nosotros diríamos que la motivación de la misma, tenía en principio relación exclusivamente con aquel. Con la vigencia de esta disposición lo que se alcanza es que las sentencias extranjeras originadas en operaciones crediticias con garantía hipotecaria de vivienda situada fuera del país no se nacionalicen ni se ejecuten en nuestro país, nada más y nada menos porque aquello contraviene el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al amparo de lo previsto ya con anticipación al respecto en el Art. 414 del Código de Procedimiento Civil, que establece que: *“Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravienen al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional...”*, claro, sin tomar en consideración el resto del ordenamiento jurídico que tenemos a consecuencia de la suscripción, ratificación y vigencia de los Tratados e Instrumentos Internacionales existentes en el País y, sobre todo, de las disposiciones contenidas en nuestra actual Constitución de la República, particularmente la prevista en el Art. 416, la misma que al tratar sobre los principios de las relaciones internacionales, propugna el principio de ciudadanía universal, así como también proclama la cooperación, la integración y solidaridad entre Estados.

Por tanto, a nuestro parecer, ahora con esta disposición el Ecuador internacionalmente no queda en buenas condiciones, porque al prohibir la ejecución de las sentencias extranjeras de acuerdo a lo que regula la Ley en análisis, nos estamos separando de una comunidad jurídica internacional e inclusive con esto se

deja de honrar los compromisos que adquirió al momento de suscribir los convenios y pactos internacionales con el resto del mundo.

Desde nuestro punto de vista, esta disposición no solventa las dificultades que tienen los deudores ecuatorianos en el extranjero, particularmente las de quienes se endeudaron en España para adquirir una vivienda, porque las horas oscuras que viven a consecuencia de las exigencias judiciales que les están realizando continuarán irremediablemente y quizá, porque muy pocos de ellos, contaban con bienes en el Ecuador. Consideramos más bien que la disposición pone en una mayor incomodidad a nuestros coterráneos en el extranjero en general, a quienes para concederles un crédito para vivienda se les realizará mayores exigencias o simplemente no se les prestará ningún valor.

Lo curioso de esta disposición y que la devalúa como dirigida es el hecho de que la excepción es sólo para aquellas sentencias extranjeras que tenga relación con una obligación de crédito concedida para adquisición de vivienda pero no para vehículo, cuando, a nuestro pensar, siguiendo el espíritu de la ley, debió ser para los dos particulares, por un elemental principio de coherencia (G. Sacasari).

TERCERA.- “Para los fines del artículo 26 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria, los bienes inmuebles adjudicados por las cooperativas de vivienda y sobre los cuales se encuentra constituido patrimonio familiar, podrán ser entregados en garantía de créditos hipotecarios para vivienda, y ésta podrá ser ejecutada en la forma prevista en esta Ley y demás normas especiales, en caso de que el acreedor posea jurisdicción coactiva”.



Análisis y comentario al respecto.- Como sabemos el patrimonio familiar vuelve inembargable un inmueble, lo cual resulta para las familias de escasos recursos económicos un limitante de enorme trascendencia, pues pese a contar con un bien, el mismo no puede ser entregado en garantía hipotecaria por ese solo hecho. La ley procura entonces con esta disposición, por así considerar conveniente para cierto sector de la sociedad, realizar una excepción y permitir que los inmuebles involucrados en esta realidad puedan hipotecarse a favor del acreedor, y, consiguientemente, dejen de ser inembargables.

CUARTA.- *“Las Instituciones Financieras no podrán oponerse al traslado de sus créditos hipotecarios que sus clientes deseen realizar a otra institución financiera que brinde el crédito en mejor condición conforme a los derechos de usuarios y consumidores consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, siendo requisito el compromiso que la institución financiera ofertante de mejores condiciones de crédito asuma el pago de dicha obligación por cuenta del cliente que así lo solicite”.*

Análisis y comentario al respecto.- Por las condiciones del mercado, siempre es fácil encontrarnos con casos en los que los deudores que ya han adquirido un crédito hipotecario con cierta Institución Financiera, decidan cambiar de entidad acreedora porque las condiciones económicas del crédito les resultan más beneficiosas a sus intereses (ejemplo: plazo mayor para el pago, tasa de interés anual menor, etc..), empero, aquello resultaba complicado de ejecutar, por cuanto la Institución acreedora para trasladar la hipoteca a la otra Institución exigía la cancelación previa de la totalidad de lo adeudado lo cual resultaba imposible para el deudor. El contenido de esta disposición lo que hace es precisamente viabilizar tal particular, sin que sea necesario que el deudor pague previamente la deuda, siendo suficiente que alcance un acuerdo entre su nuevo acreedor y el anterior (G. Sacasari).

QUINTA.- *“El organismo de regulación de las instituciones del sistema financiero nacional, fijará anualmente el porcentaje de operaciones hipotecarias obligatorias que cada entidad mantendrá en relación a su patrimonio técnico constituido, en función de su naturaleza, objeto y giro de negocio, a través de la cual emitirá las normas de carácter general que sean necesarias para la aplicación de esta disposición”.*

Análisis y comentario al respecto.- Esta disposición, que ha sido muy criticada por las entidades financieras del país, obliga a las mismas a que de todo el dinero que tienen para facilitar en calidad de préstamos a sus clientes, una parte considerable e importante de él se destine para la concesión de créditos amparados por esta ley, con la finalidad de asegurar su vigencia, cumplimiento y operatividad y no dejar a su arbitrio el hecho de otorgar o no créditos para la adquisición de viviendas o vehículos, pues aquello implicaría que concedan pocos o ninguno, a sabiendas de que, en caso de incumplimiento de los mismos, no podrán sino exigir su pago máximo con los bienes adquiridos y no con todo el patrimonio de los deudores (G. Sacasari).

De acuerdo a la Resolución No. JB-2013-2526, de la Junta Bancaria del Ecuador, en su Art. 2 sobre el Método de Cálculo, dispone que *“La determinación del porcentaje anual que las instituciones financieras deben otorgar en créditos para la vivienda frente al patrimonio técnico constituido, se lo hará a inicios de cada año, y **será el que provenga del cálculo del quintil uno de la serie de datos correspondientes al volumen de crédito para la vivienda concedido en los últimos sesenta (60) meses, frente al patrimonio técnico constituido de diciembre del año inmediato anterior.** La forma en la que se estructurará la serie de datos del volumen de crédito para la vivienda y la obtención del quintil uno se instruirá por circular. Si el porcentaje calculado de la manera prevista en el primer inciso de este artículo, supera en cien por ciento (100 %) del patrimonio técnico constituido, la institución financiera*



entenderá que la obligación mínima que deberá mantener de crédito de la vivienda será equivalente el cien por ciento (100%) de dicho patrimonio técnico. El porcentaje correspondiente a cada año, será comunicado por escrito a cada entidad.”

DISPOSICION DEROGATORIA.-*“Deróguense de forma expresa todas las disposiciones legales que se opongan a lo establecido en la presente Ley”.*

DISPOSICION FINAL.-*“Las disposiciones de esta Ley serán aplicables a todos los procesos de ejecución de garantías en el ámbito y las condiciones de la presente Ley”.*



CONCLUSIONES

1.- La parte motiva o razón de la Ley es equivocada, porque la situación financiera y económica del Ecuador es muy diferente a la de los países que afrontaron los problemas de la “burbuja” inmobiliaria, puesto que nuestro país no se encuentra en medio de una crisis hipotecaria o financiera ni con posibilidades de que ocurra en el futuro inmediato, como tampoco existe dificultad jurídica, sino que más bien se trata de un problema de orden social, económico.

2.- El objeto de la Ley, es garantizar el derecho al hábitat seguro y saludable y a una vivienda adecuada y digna, así como al acceso a la propiedad, particular que no lo compartimos, porque, tal cual lo hemos manifestado a lo largo de este trabajo, el objetivo principal de la misma es asegurar que los deudores, en esta clase concreta de créditos, ya no comprometan sus otros bienes para responder por ellos.

3.- No existe justificación suficiente para incorporar a los automóviles en la normativa de excepción analizada, pues en todo caso, si el fin de la Ley es proteger a los deudores también se debería incluir otros bienes que podrían ser mucho más importantes, ejemplo maquinaria, equipos, etc.

4.- La ley regula, exclusivamente, los créditos de vivienda y vehículos que cumplan las condiciones establecidas en su Art. 3, lo que implica que no contiene disposiciones que deberán aplicarse a todos los créditos enunciados, por lo que este particular debe tenerse muy en consideración para evitar inconvenientes y mal entendidos entre las partes y, fundamentalmente, porque aquellos que no estén amparados por esta ley, seguirán regulados por las disposiciones generales.



5.- Esta Ley constituye un caso de excepción para la aplicación de los artículos 2327 y 2367 del Código Civil, de tal manera que para un acreedor hipotecario o prendario que se sujete a esta Ley, se ha limitado el derecho que tenían para hacer efectivo su crédito con los bienes muebles e inmuebles, futuros o presentes del deudor; a sabiendas de que, en caso de incumplimiento de los mismos, no podrán sino exigir su pago máximo con los bienes adquiridos y no con todo el patrimonio de los deudores.

6.- Esta Ley además prevé la extinción de la obligación sin que se mande a pagar costas judiciales, honorarios profesionales u otros gastos; de tal manera que la misma, constituye un caso de excepción para la aplicación del Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial, en caso de que se haya litigado de mala fe.

7.- Respecto a la compraventa con reserva de dominio, se establece también en el cuerpo normativo analizado como un beneficio para el deudor que su obligación se extinguirá al momento que el acreedor de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio, ejercite cualquiera de las acciones a las que tiene derecho, solo en el caso de que se hayan adquirido vehículos, sin que el beneficio pueda hacerse efectivo o extenderse a otra clase de bienes muebles que sin duda, en la actualidad, social y familiarmente, tienen mayor trascendencia.

8.- En el campo internacional con el contenido de la disposición general segunda, consideramos que nuestro País internacionalmente no queda en buenas condiciones, porque al prohibir la ejecución de las sentencias extranjeras de acuerdo a lo que regula la Ley en análisis, nos estamos separando de una comunidad jurídica internacional que demanda cada vez mayor cooperación entre los mismos e inclusive con esto se deja de honrar los compromisos que adquirimos al momento de suscribir los convenios y pactos internacionales con el resto del mundo.



9.- Hay muchos particulares que no se han previsto en esta Ley y que son de amplia relevancia, como por ejemplo, no se ha regulado los casos en los que los bienes adquiridos con sujeción a esta ley podrían ser ejecutados por acreedores que tengan un crédito con preferencia.



BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- Abeliuk Manasevich, René. *Las Obligaciones*. Editorial EDIAR EDITORES LTDA., Santiago – Chile, 1901.
- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho Civil: Teoría de las Obligaciones*, ediciones librería del profesional, Bogotá – Colombia, 1983.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y SomarrivaUndurraga, Manuel, *Derecho Civil: Contratos*, Tomos I y II, Cuarta edición, Imprenta Universal, Santiago – Chile, 1992.
- Espinoza Prado, Oswaldo. *Principales Contratos en el Código Civil*. Tomo II. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2002.
- Gómez Estrada, Cesar. *De los principales contratos civiles*, Segunda edición, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1987.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil: De las Obligaciones*. Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago –Chile, 1974.
- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones*, Tomo I, Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1976.



- Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones*, Tomo II, Quinta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1976.
- Morales Alvarez, Jorge. *Teoría General de las Obligaciones*, Primera edición: Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia. Octubre de 1995.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*, Octava edición, Bogotá, Editorial TEMIS, 2005.
- Osterling Parodi, Felipe. *Las Obligaciones*, Octava edición, Editora Jurídica Grijley, Lima - Perú, 2007.
- Tamayo Lombana, Alberto. *Manual de Obligaciones*, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1998.
- Valencia Zea, Arturo. *Derecho Civil: De las Obligaciones*, Tomo III, Cuarta edición, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1974.

LEYES:

- Corporación de Estudios y Corporaciones. *Constitución de la República del Ecuador*, Quito, 2010.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil Ecuatoriano*, Quito, 2012.



- Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código de Comercio*. Quito, 2010.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código de Procedimiento Civil*. Quito, 2011.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Registro Oficial Suplemento 116 de 10-jul-2000.
- Ley de Mercado de Valores. Registro Oficial Suplemento 215 de 22-feb-2006.
- Ley Orgánica para la Regulación de los Créditos para Vivienda y Vehículos. Registro oficial N° 723, 2012.

OTROS:

- Apuntes tomados de la Disertación sobre el tema: "*Informe para Segundo debate en la Asamblea Nacional sobre el proyecto de Ley Hipotecaria*"; cumplido por los catedráticos: Dr. Homero Moscoso Jaramillo, Dr. Jorge Morales Alvarez y Dr. Geovanni Sacasari Aucapiña; llevada a cabo en la Aula Magna de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca; el 25 de Abril de 2012, a las 09h15.
- Apuntes tomados del Debate sobre el tema "*Informe para Segundo debate en la Asamblea Nacional sobre el proyecto de Ley Hipotecaria*"; cumplido entre el Asambleísta Lcdo. Paco Velazco y el Dr. Geovanni Sacasari; en la Aula Magna de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca; el 14 de Mayo de 2012, a las 09h30.



- Diarios nacionales y locales, revistas especializadas y páginas web relacionadas con la temática.
- Montero Tamayo, Pedro. “Regulación de los créditos de vivienda y vehículos. ¿Disminuirá nuestra opción de contar con estos bienes?”, en: Retos II (4), julio-diciembre, pp. 213-224. Quito: Editorial Abya-Yala/UPS. 2012.
- Resolución No. JB-2013-2526- Superintendencia de Bancos y Seguros. www.sbs.gob.ec/medios/PORTALDOCS/.../resol_JB-2013-2526.pdf.(30-11-2013).
- Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Derecho Mercantil I y II*. (Séptimo y Octavo ciclo 2011 – 2012; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho).
- Sacasari A. Geovanni. *Apuntes de clases. Obligaciones I y II*. (Noveno y Décimo ciclo 2012 – 2013; Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho).