UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

"NECESIDAD DE ESTABLECER LA VENTA DE LAS COSAS QUE NO ESTÉN EN EL COMERCIO HUMANO POR EXPRESA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ENAJENACION CON OBJETO ILICITO

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN EL TITULO DE ABOGADO

AUTOR: JOSÉ JULIÁN PORRES GONZAGA

DIRECTOR: DR. MGS. LUIS ANÍBAL TORRES JIMÉNEZ

LOJA – ECUADOR

2014

Dr. Mgs. Luis Aníbal Torres Jiménez

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL AREA JURIDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que he dirigido el trabajo de Tesis previo a la obtención del Título de abogado, presentado por el egresado José Julián Porres Gonzaga, con el tema: **"NECESIDAD DE ESTABLECER LA VENTA DE LAS COSAS QUE NO ESTÉN EN EL COMERCIO HUMANO POR EXPRESA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ENAJENACIÓN CON OBJETO ILICITO"** , mismo que ha sido revisado y corregido de acuerdo al Reglamento establecido, por lo que una vez que se cumplen los requisitos legales pertinentes, autorizo la continuación de los tramites de ley.

Loja, Abril del 2014

.....

Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **José Julián Porres Gonzaga** declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: **José Julián Porres Gonzaga**

FIRMA. .....

CÉDULA: 1104654353

FECHA: Loja, abril de 2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo José Julián Porres Gonzaga, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"NECESIDAD DE ESTABLECER LA VENTA DE LAS COSAS QUE NO ESTÉN EN EL COMERCIO HUMANO POR EXPRESA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ENAJENACIÓN CON OBJETO ILICITO"** Como requisito para optar al Grado de: ABOGADO: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, 23 de abril del dos mil catorce, firma el autor.

FIRMA:.....

AUTOR: José Julián Porres Gonzaga

CÉDULA: 1104654353

DIRECCIÓN: Loja, José Félix de Valdivieso y 18 de Noviembre

CORREO ELECTRÓNICO: jojupogo@gmail.com

TELÉFONO CELULAR: 0982659206

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: **Dr. Luis Aníbal Torres Jiménez**

PRESIDENTE DE TRIBUNAL: Dr. Lenin Cabrera Mg. Sc.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL. Dr. Juan Carlos Jaramillo

Dr. Rolando Macas Mg. Sc.

DEDICATORIA

A mis padres por su ejemplo imperecedero sacrificio y abnegación, a fin de contribuir a mi formación académica, para convertirme en un profesional al servicio de la comunidad.

A mis hermanos por el apoyo y cariño incondicional que me brindan a cada instante.

A cada uno de quienes han sido y forman parte de la oficina jurídica en donde he realizado mis practicas pre profesionales, que con sus opiniones, enseñanzas, consejos han contribuido activamente a adquirir mi experiencia en el arduo campo del derecho.

A mis amigos y coterráneos que con sus comentarios y opiniones han sembrado en mí el deseo de superación personal y de lograr cumplir con los objetivos propuestos en mi vida.

José Julián.

AGRADECIMIENTO

Expreso en primer lugar mi agradecimiento al creador por haberme concedido el milagro de la vida; mi gratitud a la Universidad Nacional de Loja por haberme permitido formar parte de la prestigiosa lista de distinguidos estudiantes ahora profesionales que se han formado en ella, a cada uno de los catedráticos que durante el transcurso de cada uno de los módulos de la Carrera de Derecho, me impartieron sus conocimientos y experiencias profesionales, aunque uno de ellos no se encuentre entre nosotros me queda simplemente pedirle a Dios que lo tenga en su regazo.

De manera especial expreso en esta página mi infinita gratitud para el Dr. Luis Torres Jiménez, quien dirigió y oriento el proceso de elaboración de esta Tesis, por haber demostrado su capacidad en el ámbito del derecho y su excelente calidad de ser humano, que hizo posible éste trabajo se culmine con éxito.

A todas las personas que de una u otra forma colaboraron para la ejecución de este estudio.

El Autor.

ESQUEMA DE CONTENIDOS

Portada

Certificación

Autoría

Carta de Autorización de Tesis

Dedicatoria

Agradecimiento

1. TÍTULO

2. RESUMEN

ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Propiedad y bienes

4.1.2. Capacidad e incapacidad.

4.1.3. Contrato de compraventa

4.1.4. La Obligación, interdicción, facultad y voluntad.

4.1.5. Autonomía de la voluntad

4.1.6. Inconvenientes jurídicos

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Los derechos de la personalidad también forman el patrimonio.

4.2.2. Efectos jurídicos que se ocasionan por la incapacidad

4.2.3. Aspectos negativos que se generan por la incapacidad

4.2.4. Principios que rigen a la autonomía de la voluntad

4.2.5. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia y de las personas

4.2.6 La enajenación del objeto ilícito

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Código Civil

4.3.3. Código de Comercio

5. MATERIALES Y MÉTODOS

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta

6.2. Estudio de casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES.

9.1. Propuesta de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

NECESIDAD DE ESTABLECER LA VENTA DE LAS COSAS QUE NO ESTÉN EN EL COMERCIO HUMANO POR EXPRESA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ENAJENACION CON OBJETO ILICITO

2. RESUMEN

El Código Civil en su Art. 1480, establece el tipo de enajenaciones en las que existe objeto ilícito, más sucede que en la actualidad la prohibición voluntaria de enajenar en la aprobación de préstamos tanto en las Instituciones Públicas como Privadas y entre particulares se ha convertido en uno de los mecanismos legales más comunes para garantizar el cumplimiento de la obligación adquirida por parte del deudor ante el acreedor ello en vista de que en el análisis pertinente ha de fundamentarse con base sólida, que son las normas constitucionales y legales. La libertad de contratación está plenamente garantizada en nuestro país. En efecto, el artículo 66 de la Constitución dice que: "Se reconocerá y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación".

Y, en el plano legal, el artículo 1454 del Código Civil establece que contrato o convención es: "un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una cosa".

El contrato, de manera general, tiene como fundamento básico recoger la voluntad de los contratantes de convenirlo y celebrarlo libremente. Este requisito se encuentra dentro del ámbito establecido en la ley para que, de esa manifestación se generen obligaciones.

Ahora bien en el Art. 1749 del Código Civil expresa que “pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no éste prohibida por la ley”, de ello

se desprende que la prohibición de enajenar, para que salga del comercio, debe establecerse por ley más no por convención privada”

De allí que el pacto que en este sentido se incluya en un contrato de cualquier naturaleza y no es una limitación a la libre transferencia del bien que impida la transferencia de dominio o la constitución de derechos reales sobre el mismo, ya que únicamente el mandato expreso de la ley o la orden del juez sustraen del comercio a los bienes y su enajenación se convierte en objeto ilícito, al tenor de lo que dispone el Art. 1480 del Código Civil.

Por ello el incumplimiento de esta obligación de no hacer, que constituye la prohibición voluntaria de enajenar de un bien, de modo alguno no es causal de nulidad de un negocio jurídico de transferencia de dominio o de constitución de derechos reales sobre el mismo, sino que tan solo se traduce en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el deudor acorde a lo dispuesto en el Art. 1571 del Código Civil.

En virtud de lo expuesto y al considerar que un contrato celebrado con voluntad de las partes como es analizado constituye ley para las mismas pues así lo dispone el Art. 1561 del Código Civil, dado que un contrato debe ejecutarse de buena fe, por consiguiente obliga no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación; de donde se desprende que la Prohibición Voluntaria de Enajenar obliga al deudor a que no pueda vender, ni hipotecar ni sujetar a gravamen alguno que el limite el dominio o goce del bien raíz

dado en garantía para el cumplimiento de la obligación adquirida; según los efectos jurídicos que contempla la Prohibición de Enajenar establecidos en el Art. 426 del Código de Procedimiento Civil; y, en virtud de que éstos no pueden ser declarados nulos, pues es necesario que Prohibición de Enajenar haya sido establecida por decreto judicial o por la ley y no por convención entre las partes.

Al haberse posesionado la Prohibición Voluntaria de Enajenar, como un mecanismo jurídico de garantizar que el bien raíz dado en garantía por el deudor voluntariamente no pueda venderse, ni hipotecarse, ni sujetarlo a gravamen alguno que el limite el dominio o goce del bien raíz, es necesario garantizar que éste contrato constituya una verdadera garantía para el acreedor; así como también una limitante legal para el deudor, por la naturaleza de la Prohibición Voluntaria de Enajenar, existe la necesidad de establecer la venta de las cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

ABSTRACT.

The Civil Code in its article 1480, sets the type of divestitures in which illicit object, exists more happens that currently ban voluntary alienate in the approval of loans both in public institutions and private and between individuals has become one of the legal mechanisms common to guarantee the fulfilment of the obligation acquired by the debtor to the creditor that since the relevant analysis has be based with solid base, which are the constitutional and legal rules. Freedom of contract is fully guaranteed in our country. Indeed, article 66 of the Constitution says that: "it will recognize and guarantee to persons: 16." The right to freedom of contract". And, at the legal level, the article 1454 of the Civil Code establishes that you contract or Convention is: "an act by which a part undertakes with another to give, do or not to do a thing". The contract, in a general way, you.

The contract, in a general way, has as basic foundation collect the will of the Contracting Parties agree to it and celebrate it freely. This requirement is within the scope established by law so that obligations are generated from that manifestation. "Now well in 1749 article of the Civil Code says that" all things physical or intangible, can be sold whose alienation not this prohibited by law ", it follows that the prohibition to alienate, to come out of the trade, should be established for more not by Convention private law"

Of there as the Covenant which in this sense to be included in a contract of any nature and not is a limitation on the free transfer of the well to prevent domain transfer or the

creation of rights in rem over the same, since only the express mandate of the law or the judge's order subtract trade goods and their alienation becomes unlawful object, to the tenor of what has article 1480 of the Civil Code.

Therefore the breach of this obligation not to do, which constitutes the ban voluntarily dispose of a good, in any way is not causal of annulment of a legal business of domain or transfer of rights in rem over the same Constitution, they just translates into duty to compensate damages caused by the debtor in accordance with the provisions of article 1571 of the Civil Code.

Pursuant to the above, and considering that a contract concluded with the parties as it is analyzed is law to them thus provided for section 1561 of the Civil Code, since a contract be executed in good faith, therefore not only forces expressed in them, but all the things that arise precisely from the nature of the obligation; where indicates that the voluntary ban alienate obliges the debtor to not to sell, mortgage or attach to any assessment that the limit enjoyment of the good or the domain root given in guarantee for the fulfilment of the obligation acquired; According to the legal effects which includes the prohibition of transfer laid down in article 426 of the code of Civil procedure; and, under which these not can be declared null and void, it is necessary that prohibition of disposal has been established by decree or by law and not by Convention between the parties.

To taken the have possession ban volunteer alienate, as a legal mechanism to ensure that the good root given collateral by the debtor voluntarily not can sold, mortgaged or

attach to any assessment that the limit enjoyment of the good or the domain root, is necessary to ensure that this contract constitute a true guarantee for the creditor; as well as also a limiting factor for the debtor, by the nature of the voluntary prohibition of disposal, there is a need to establish the sale of things that are not in the human trade by the express will of the Contracting Parties, such as disposal in order to illicit.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, aborda un problema importante dentro de la realidad jurídica actual, respeto a la voluntad y libertad de contratación de las personas en cuanto a los intereses individuales de cada una de ellas; en virtud de que en todo contrato hay una parte que se obliga a cumplir determinada acción y otra que se obliga a compensar por ella.

La necesidad de establecer la venta de las cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, con ello se está garantizando la libertad de contratación; y, los efectos de los contratos, consecuentemente el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes.

Para su tratamiento se ha partido del estudio jurídico – doctrinario y social, sobre los actos y declaraciones de voluntad que impliquen la enajenación con objeto ilícito consecuentemente la limitación del dominio del bien raíz para proponer las reformas legales a legislación que lo requiera, principalmente al Código Civil, demostrando importancia jurídica de establecer la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

En el marco de la investigación de campo, se recepto el criterio que tienen los abogados, que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, lesiona el

derecho a la libertad de contratación, consecuentemente vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: un Marco Conceptual que abarca: Propiedad y bienes, capacidad e incapacidad, ccontrato de compraventa, la obligación, interdicción, facultad y voluntad, autonomía de la voluntad, inconvenientes jurídicos: Marco Doctrinario: Los derechos de la personalidad también forman el patrimonio, efectos jurídicos que se ocasionan por la incapacidad, aspectos negativos que se generan por la incapacidad, principios que rigen a la autonomía de la voluntad, la autonomía de la voluntad en el derecho de familia y de las personas la enajenación del objeto ilícito; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de Comercio

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de encuestas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Propiedad y bienes

La propiedad, y ésta, de acuerdo a Guillermo Cabanellas es "***En general, cuanto nos pertenece o es propio, sea su índole material o no, y jurídica o de otra especie. Atributo, cualidad esencial. Facultad de gozar y disponer ampliamente de una cosa. Objeto de ese derecho o dominio. Predio o finca. Por abreviación, y contraponiéndolo al usufructo, la nuda propiedad***".[1]

De esta concepción, se puede entender que la propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de ella, con plenas facultades, dando este criterio desde el punto de vista de la tradición de los romanos.

Para Juan Larrea Holguín, señala que "***Nuestro Derecho Civil usa las palabras dominio y propiedad como perfectamente sinónimos. En la misma definición se dice que dominio o propiedad es un derecho real, etc. En cambio la doctrina generalmente distingue entre dominio y propiedad, a pesar de la similitud de ambos conceptos. Así por ejemplo, Puig Brutau dice: "Una cuestión de terminología ha de ser resuelta***

[1] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 324

antes de entrar en el estudio de derecho de propiedad" [2]

De esta opinión puede entender que en el Derecho Civil ecuatoriano, utiliza las palabras propiedad y dominio como sinónimos, el primero como una relación de pertenencia o titularidad y el dominio se refiere a la titularidad como dominio corporal, así por ejemplo: no decimos dominio intelectual, dominio artístico, sino propiedad intelectual, artística, etc.

Cualquiera sea la forma o tipo de propiedad, supone siempre una determinada relación entre hombre-naturaleza; más concretamente entre persona y cosa; por lo que, la naturaleza primaria, las cosas (e incluso los hombres dosificados en el capitalismo), aparecen como instrumentos al servicio de los hombres para la satisfacción de sus necesidades tanto de tipo material como intelectual. De esta manera el dominio o la propiedad consiste en la facultad de gozar o disponer de una cosa, de acuerdo con su naturaleza o función.

El Dr. Galo Espinosa Merino nos indica que propiedad quiere decir "***Cuanto pertenece a alguien o es propio. Facultad de usar, gozar y disponer de una cosa, no siendo contra las leyes o derecho ajeno. Cosa que es objeto del dominio, sobre todo si es inmueble o raíz. Atributo o cualidad esencial de una persona o cosa***".[3]

---

[2] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador: Del Dominio o Propiedad, Modos de Adquirir, y el Fideicomiso, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 70

[3] ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Quito – Ecuador, 1987, p. 589

Este concepto se señala, en un sentido jurídico y económico, propiedad representa la relación de dependencia en que se encuentra el hombre respecto de las cosas que a éste sirven para satisfacer sus necesidades.

El Diccionario Consultor habla que bienes son "***Objetos inmateriales susceptible de valor en las cosas. Todo aquello de carácter material o inmaterial susceptible de tener un valor. Partes del patrimonio de una persona***."[4]

En este diccionario se refiere que los bienes en esencia son cosas que no son objeto de materia, tomando esta opinión desde un punto de vista subjetivo como algo propio, pero que estos bienes son susceptibles de tener un valor. Pero también se da una definición ya sea que tenga una materia o no, igual es capaz o apto de tener un precio o costo.

Se puede señalar que los bienes, vienen a ser cualquiera de las cosas susceptibles de satisfacer necesidades humanas, que tienen una utilidad o beneficio.

El hombre es el ente y la razón del Derecho. Su vida comunitaria genera relaciones interpersonales que exigen regulaciones jurídicas. La apropiación, conservación y recuperación de la propiedad son varias de aquellas relaciones interindividuales en la sociedad, que se encuentran protegidas por el Derecho, dentro de un régimen jurídico especializado.

[4] GOLDSTEÍN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Edición 2008, Buenos Aires – Argentina, p. 97

Consecuentemente, son susceptibles de apropiación por el hombre todas aquellas cosas protegidas por el Derecho, que alcanzan categoría de bienes jurídicos y no está limitados por el derecho ajeno; éste, protegido también por un régimen jurídico especial.

De lo dicho se desprende que existen ciertas cosas o bienes, no apropiables por el hombre y excluidos por el propio Derecho: la alta mar; las calles, plazas, puentes, mar adyacente, playas, etc., son bienes nacionales; las tierras que carecen de dueño y se constituyen en bienes del Estado; los zócalos marinos y sus riquezas; las minas y sus yacimientos; el mar territorial; el espacio aéreo; los ríos y las aguas; etcétera. Bienes estos que se encuentran descritos y definidos principalmente en el Título III del Libro Segundo del Código Civil, bajo el epígrafe: De los Bienes Nacionales.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental sostiene que bienes es "***Aquellas cosas de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan. Cuantas cosas pueden ser de alguna utilidad para el hombre. Las que componen la hacienda, el caudal o la riqueza de las personas. Todos los objetos que, por útiles y apropiables, sirvan para satisfacer las necesidades humanas***".[5]

De tal manera los bienes vienen a constituir en una forma de objetos, algo material que sirve para la subsistencia de una persona, y en sí tienen un beneficio que le ayuda a la persona. Los bienes son los objetos que componen el caudal o patrimonio de las personas.

[5] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 22

4.1.2. Capacidad e incapacidad.

En lo relacionado a la capacidad de las personas, sabemos que esta calidad de la persona es uno de los elementos axiológicos para la eficacia de los actos jurídicos, pero también se puede decir que de la capacidad se desprende los demás atributos de la persona, y ello de acuerdo a Jorge Angarita Gómez en su obra Lecciones de Derecho Civil, nos indica que "*Por capacidad en general, se entiende la aptitud o suficiencia para alguna cosa. Por capacidad legal, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.*"[6]

El concepto de capacidad anotado por Jorge Angarita Gómez, en si se refiere a la facultad o potestad de una persona para adquirir derechos y administrarla por la misma persona, de acuerdo a lo prescrito en la ley.

Sobre la incapacidad, Galo Espinosa Merino, indica que es la "*Carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para obtener determinados oficios públicos.*"[7]

De lo anotado anteriormente se puede decir que la incapacidad se refiere a la ineptitud que tiene el sujeto capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, aunque este criterio es algo confuso porque implicaría una negación de la personalidad, porque la

[6] ANGARITA GÓMEZ, Jorge: Lecciones de Derecho Civil, Tomo I, Personas y representación de Incapaces, Quinta Edición, Temis, Bogotá – Colombia, 2005, p. 231.
[7] ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Quito – Ecuador, 1987, p. 380

incapacidad implica la impericia de la persona de a actuar por si mismo en la vida jurídica.

Autores como Planiol y Ripert, han centrado sus estudios en lo relativo a la incapacidad, y analizan el presupuesto del doble sentido del término "*por un lado se aplica a todas las personas que poseen todos sus derechos, pero que no tienen el libre ejercicio de los mismos: los menores, los interdictos. Por otro lado, se aplica a veces a las personas completamente privadas de ciertos derechos, como el derecho de suceder*."[8]

Este criterio de incapacidad se relaciona a la personalidad, ya que viene a caracterizar sus atributos, como el nombre, domicilio, y entre ellas su patrimonio y la capacidad. Pero esa personalidad humana se inicia con el nacimiento y termina con la muerte.

Ensayando una definición de incapacidad se entiende por la carencia de condiciones físicas, síquicas o legales para determinada actuación en la sociedad. Por lo que se desprende que la incapacidad no es la falta de derechos sino la imperfección en el obrar, el derecho existe pero puede estar limitado por falta de aptitud, basta que el nacimiento constituya el principio de la vida para que en la criatura se fijen y existan todos los derechos que le competen; más aún, el solo concebido goza de protección de la ley, aunque está incapacitado para ejercer esos derechos que le protegen; en su imperfección la que no le permite ejercerlos.

[8] PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de derecho civil francés, Cultural, La Habana, Tomo I, p. 4

Como lo manifiesta el Dr. Juan Larrea Holguín en su Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador "*Si bien la existencia legal comienza con el nacimiento, esto no significa que el derecho desconozca los inviolables derechos de las personas humanas antes de nacer... Si bien para los efectos civiles el no nacido no es aún persona, sin embargo desde que un alma racional informa un cuerpo humano, la ley debe y proteger esa vida"*[9]

De acuerdo a este criterio se reconoce la existencia natural de la persona humana antes de ser persona jurídicamente hablando. Pues, si el nacimiento no se verifica en los términos legales, se reputará que dicha criatura jamás hubiese existido y consecuentemente dicha asignación pasará a otras personas, que serán aquellas a quienes corresponda de acuerdo a las reglas de la sucesión por causa de muerte. De lo dicho como señala Luís Claro Solar en su obra explicaciones al derecho Civil Chileno y Comparado, "*que en verdad estos derechos no son sino derechos condicionales, puesto que están subordinados a la condición de la existencia de la criatura.*"[10]

Registrar un nacimiento, además de obligatorio, conlleva una serie de ventajas al implicar el reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo y su capacidad para obrar, que será más amplia conforme pasen los años. Este reconocimiento garantiza que terceras personas no puedan quebrantar la seguridad jurídica de quien se inscribe.

[9] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2002, p. 132
[10] CLARO SOLAR: Luís: Explicaciones al Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo X, Pág. 130

El alcance de este principio de la personalidad consiste, en que no se trata de una personalidad otorgada con la condición resolutoria de que nazca muerto o no viable, sino al contrario, de una personalidad con la condición suspensiva de que el individuo nazca vivo y viable. Al cumplirse esta condición se considera al niño como persona, con efecto retroactivo desde su concepción, si falla la condición dicha personalidad nunca existió.

4.1.3. Contrato de compraventa

Víctor de Santo señala que "*Hay compraventa cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa y ésta se obligue a recibirla y a pagar por ella un precio cierto en dinero*"[11]

El concepto anterior se trata de un contrato consensual, oneroso y conmutativo, la compraventa es un contrato por el cual una persona, sea o no propietaria o poseedora de la cosa objeto de convención se obliga a entregarla o hacerla adquirir en propiedad a otra persona, que se obliga por su parte a pagar un precio convenido, y la compra para revenderla o alquilar su uso.

Juan Larrea Holguín señala que "*El sistema propio del derecho ecuatoriano de la compraventa la categoría de contrato consensual destinado a producir la transferencia de la propiedad, pero ésta requiere de un título y un modo. La compraventa es el título*

[11] DE SANTO. Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 259

y origina la obligación del vendedor de transferir la propiedad y la obligación del comprador, de pagar el precio. La transferencia se hace normalmente mediante la tradición, que es el modo de adquirir. Dicha entrega puede ser en el mismo momento de celebrar el contrato o con posterioridad a él, esto no cambia la estructura jurídica de esta relación. Hay que añadir que, ciertos bienes, principalmente los inmuebles, requieren la inscripción de la escritura de venta en el Registro de la Propiedad; la inscripción opera la tradición y por ella, la transferencia del dominio; la sola escritura pública de compraventa confiere el título, que se completa con el modo (tradición) y produce la transferencia del dominio."[12]

Recogiendo las características señaladas, se puede decir que en la actualidad, en el Ecuador, la forma más elemental de ver la compraventa consiste en el cambio de una cosa por un precio. Este intercambio se produce por efecto de un contrato que se forma por el consentimiento de las partes y surte su efecto, ya de manera instantánea, al momento mismo de contratar, o bien como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contraídas por el vendedor y el comprador. El consentimiento es la esencia misma del contrato, pero, en nuestro derecho, el contrato de compraventa se convierte en un contrato solemne, cuando se refiere a inmuebles y en otros casos que se señalará más adelante: entonces no basta el consentimiento sino la escritura pública y la transferencia del dominio se produce por su inscripción; esto se debe a la especial protección que nuestro sistema civil ha querido dar a la propiedad raíz.

[12]: LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 5

Podría definirse en el Ecuador la compraventa como el contrato por el cual una parte transfiere o se obliga a transferir el dominio de una cosa material o inmaterial, y la otra parte paga o se obliga a pagar el precio convenido.

4.1.4. La Obligación, interdicción, facultad y voluntad.

Sobre las Obligaciones Guillermo Borda señala que "*Es el vínculo jurídico entre dos personas, por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un servicio o de una abstención.*"[13]

El vínculo jurídico de una obligación de acuerdo a este autor, es que en toda obligación presenta, por tanto, un aspecto activo: un poder o facultad de exigir algo; y un pasivo: un deber de dar, hacer o no hacer.

Cuando una persona se encuentre impedido de administrar sus bienes, sus familiares o personas están en posibilidad de declarar la interdicción de aquella persona para la guarda de su persona y la administración de sus bienes, y para ello Juan Larrea Holguín en su obra Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, determina:

"*Por interdicción se entiende, en general, una prohibición personal de administrar bienes. La interdicción es más o menos amplia. Se trata de una institución flexible, que admite grados, no perfectamente definidos, sino más bien delimitados por la*

[13] BORDA, Guillermo: Manual de Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 8

enumeración de facultades que tiene o no tiene un determinado interdicto. El Código Civil se refiere expresamente a la interdicción y a la correspondiente guarda del disipador, del ebrio consuetudinario, del toxicómano, el demente o loco, y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito. Pero además, hay que considerar el caso de los sentenciados penalmente a ciertas condenas que llevan consigo interdicción civil, y el caso de los quebrados que conforme al Código de Procedimiento Civil sufren también una especie de interdicción, lo mismo que sucede en los otros casos análogos del comerciante que se declara en suspensión de pagos, y del insolvente bajo concurso de acreedores."[14]

La interdicción en sentido general como señala Larrea Holguín se refiere a la prohibición o a la incapacidad de administrar sus bienes, teniendo esta palabra un sentido amplio al dar la conceptualización de ella, señalando que éste abarca a la correspondiente guarda del disipador, del ebrio consuetudinario, del toxicómano, el demente o loco, y el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, como también abarca a las personas que están condenadas y los que se encuentran insolvente, pero opino que la interdicción no solo comprende, en los casos anteriormente señalados sino a quienes por enfermedad puedan lesionar de manera gradual sus capacidades físicas o intelectuales o que por accidentes puedan motivar la pérdida repentina de su capacidad que incide de forma directa en sus actividades diarias y normales, que para asuntos de ejercer sus derechos.

[14] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen II, Derecho de Familia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 539

En todos los casos, solo los adultos pueden ser puestos en interdicción porque solamente ellos pueden tener alguna facultad de disponer de bienes, porque disponen con plena capacidad porque son mayores de edad. En cambio, para los impúberes solamente cabe la tutela. El menor impúber que no está ni bajo patria potestad ni sometido a tutela y que presente señales de demencia, no debe ser puesto en interdicción, ni cabe nombrarle el guardador del demente, sino que se le debe proveer de tutor. La tutela es única: para toda clase de impúber; y si éste es demente, continúa ejerciendo su guardador la tutela. En cambio, desde que el pupilo es adulto, tenemos que distinguir: el que está bajo patria potestad, sigue al cuidado de su padre o madre, porque también la patria potestad es única y no se altera sustancialmente por la condición mental del hijo; en cambio si el pupilo está bajo tutela general o estaba bajo tutela y llega a la edad adulta, se requiere provocar la interdicción y nombrarle curador apropiado para su estado, con atribuciones diferentes de las del tutor del menor adulto.

La incapacidad es absoluta y incapacidad relativa, siendo las primeras las que afecta a las personas que por su situación intelectual y física carece de un psiquismo apto para poseer una voluntad consciente, un discernimiento por lo menos elemental y de la posibilidad de manifestarlos con eficacia, entre ellos se encuentran los dementes, los impúberes y la incapacidad accidental o especial como sordomudo. La incapacidad relativa, es llamada así porque es establecida por la ley para proteger a determinadas personas: menores adultos, interdictos, personas jurídicas.

Interdicto es quien está prohibido de administrar por sí mismo sus bienes. La interdicción puede ser, en unos casos, efecto de la protección con que la ley quiere amparar a ciertas personas, o, en otros tantos, consecuencia de sanciones previstas en ella misma. Tendrá una connotación defensiva o proteccionista cuando se la aplica al disipador, el ebrio o al toxicómano consuetudinario. Tendrá carácter sancionador cuando recaiga en la persona del quebrado o del insolvente y, más aún, en la del condenado a penas de reclusión mayor ordinaria o extraordinaria o mejor extraordinaria.

La facultad para otorgar a un tutor quien lo represente interviene la voluntad de la persona, y ésta significa, para Galo Espinosa "*Potencia del alma que mueve hacer o no hacer una cosa. Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa. Libre albedrío o libre determinación. Intención o resolución de hacer una cosa*."[15]

Tomando como referencia lo anteriormente anotado, esta voluntad es una expresión cuya eficacia no depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad. Bajo un significado jurídico puedo señalar que la voluntad envuelve la intención, de alguna manera exteriorizada, de la persona que pretende la consecución de determinados efectos jurídicos.

Al existir la voluntad en el otorgamiento, o facultad a una persona que lo represente, interviene la dignidad, y para ello Galo Espinosa Merino indica que es el "*Decoro o decencia. Cargo honorífico o puesto que lleva aparejado el ejercicio de autoridad*"[16]

[15] ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, p. 755

[16] ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, p. 199

Este concepto de dignidad como decoro o decencia, se refiere este autor a un sentido abstracto de la palabra que viene a significar el comportamiento en virtud de alguna actuación voluntaria como consecuencia de un buen comportamiento. La palabra dignidad viene a este estudio, porque tiene resultados notables para el derecho, ya que el comportamiento de una persona le corresponde a él mismo, que constituye la mínima rigurosidad que se impone a todo sistema jurídico si ha de ser justo, porque en la dignidad va aparejada a la libertad que es la primera condición de la dignidad del hombre. La libertad es igual a la dignidad, ya que toda persona por el solo hecho de serlo, posee igual dignidad, sin que influya de sucesos externos para hablar de una mayor o menor dignidad. La dignidad es un principio esencial de la persona, ya que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.

4.1.5. Autonomía de la voluntad

Víctor de Santo sobre la autonomía de la voluntad señala que es un "*Principio fundamental para el Código Civil francés y de los inspirados en él, en cuya virtud los individuos tienen potestad para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío. Los jueces, han señalado reiteradamente los tribunales argentinos, carecen facultades para modificar los contratos concertados por las partes so pretexto de equidad, y mientras no se vulnere el ordenamiento público, la rigurosidad de las obligaciones contraídas por las partes, así como el hecho de que no sean equitativas, no afecten su validez, porque la ley no exige que tales convenciones*

sean justas, doctrina también aplicable a los celebrados por el Estado o los particulares, aunque se halle interesado el Derecho Público por vincularse a la prestación de servicios de igual naturaleza, ya que el principio sentado de que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual debe someterse como a la ley misma"[17]

Las convenciones hechas en los contratos es una regla que debe someterse como a la ley misma es uno de los pilares del ordenamiento jurídico, pese a las nuevas orientaciones inspiradas en el solidarismo socia, por lo que las normas que restringen la libertad contractual deben, a su vez interpretarse irrestrictamente. Sin embargo la libertad de contratación se halla limitada por el orden público, la moral y las buenas costumbres, aunque algunos tribunales, restringiendo el campo de la autonomía de la voluntad, han resuelto que éste solo puede tener efecto cuando se desarrolla en un campo jurídico digno de ser protegido.

Manuel Ossorio señala que la autonomía de la voluntad es la "*Potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío, representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres*"[18]

[17] DE SANTO. Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 139
[18] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 109

La autonomía de la voluntad es un principio que justifica la fuerza de los contratos, esta es una facultad que tienen las personas para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre decisión de las partes en la que los individuos responden de sus propias acciones.

4.1.6. Inconvenientes jurídicos

Dr. Galo Espinosa Merino habla que inconveniente es *"Molesto, incómodo, perjudicial. Incongruente o disconforme. Impedimento u obstáculo. Perjuicio, daño".*[19]

El inconveniente viene a significa algo que no resulta adecuado por sus características o por el momento en que sucede

Manuel Ossorio departe que jurídico es *"Que atañe al Derecho o se ajusta a él. De ahí que se diga que una acción es jurídica cuando es ejercitado con arreglo a Derecho; pues, en caso contrario, la acción no podría prosperar, porque se reputaría antijurídica. Ese vocablo tiene numerosas aplicaciones, derivadas del Derecho Romano, según el cual era día jurídico aquel en que se podía administrar justicia, como convento jurídico era el tribunal compuesto de varios jueces".*[20]

Es lo relacionado con el Derecho, que es el conjunto de normas que regulan la conducta del hombre en sociedad, y establecen penas ante su incumplimiento. Proviene del

[19] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1987, p. 382
[20] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008, p.524

vocablo latino iuridicus, de ius o iuris, que significa Derecho. Cuando hablamos de estudiar Ciencias Jurídicas, nos referimos al estudio metódico y sistemático de las leyes, o sea, de las normas que imponen coactivamente conductas o abstenciones, establecidas por órganos del estado con potestad legislativa.

Guillermo Cabanellas dice que jurídico es *"Concerniente al Derecho. Ajustado a él. Legal. Se decía jurídica de la acción intentada con arreglo a derecho. Jurídicos eran los antiguos prefectos de Italia. Jurídico se decía del día hábil para administrar justicia. Es característica esta voz para designar diversos cuerpos asesores en materia legal y judicial".*[21]

Lo jurídico es lo impuesto exteriormente al ser humano, que no decide si cumplir o no cumplir lo establecido normativamente, sino que debe hacerlo, si desea evitar la sanción. Parecería entonces, que lo jurídico está reñido con la libertad, y no es así. La libertad absoluta esclavizaría al ser humano, pues si cada uno hiciera lo que quisiera invadiría los derechos de los demás y reinaría el caos. El Derecho asegura la libertad de todos al establecer límites a lo que se puede querer en vistas al bien común. Si deseamos lo que tiene otra persona, y lo pudiéramos tomar, otros podrían también tomar nuestras pertenencias, y así la seguridad de todos quedaría anulada.

[21] CABANELLAS, Guillermo: Ob. Cit., p. 220

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Los derechos de la personalidad también forman el patrimonio.

Centrándome en el tema debo aclarar que en el contenido de este estudio nos referiremos al patrimonio **económico y moral** de la persona física porque dentro de su estatus es necesario diferencias estas dos esferas: la primera está integrada por los derechos de crédito o personales y por los derechos reales que son susceptibles de apreciación pecuniarias; la segunda está integrada por los derechos subjetivos que no son valores en dinero, los cuales se conocen con el nombre de derechos de la personalidad, pero unos y otros forman parte del gran universo del patrimonio ya que ambas esferas gozan del reconocimiento del orden jurídico.

Sin embargo, las principales teorías del patrimonio han sido creadas sobre la base de bienes susceptibles de apreciación económica. Es así que Fernando Cárdenas Gonzales señala que *"**El Derecho del Siglo XIX y el de la primera mitad del Siglo XX tenían una gran influencia económica, de ahí el desarrollo de estas teorías, pero ahora el Derecho también tiene un alto contenido humano como consecuencia de los requerimientos sociales en este campo. Estos cambios han motivado la creación de nuevas teorías respecto al patrimonio para sostener que éste se integra con bienes económicos y no económicos como son los Derechos de la Personalidad. No olvidemos que el Derecho sigue a la vida, y la vida social demanda al Estado el reconocimiento y la debida reglamentación de los Derechos de la Personalidad conforme a las necesidades sentidas en cada época y lugar.**"*[22]

[22] CÁRDENAS GONZÁLEZ: Fernando Antonio, Incapacidad, Editorial PORRUA, México, 2006. P. 54

En este sentido, en la actualidad estas teorías clásicas están siendo superadas por otras que afirman que el patrimonio de una persona física no sólo se forma con bienes económicos, sino también con bienes que no son susceptibles de esa valoración como lo son los derechos de la personalidad. Ahora el concepto de bien es más amplio y no necesariamente debe tener valor económico. Las corrientes de estas últimas teorías ya han sido recogidas por muchos ordenamientos legales.

Lo anterior ha dado lugar a que en la práctica jurídica se utilice la expresión de bienes económicos o patrimoniales, o derecho patrimonial para referirse a aquellos bienes que pertenecen a la esfera económica del patrimonio o a las relaciones de tipo económico, y bienes morales o derecho extrapatrimonial para señalar a los bienes que pertenecen a la esfera no económica del mismo o a las relaciones derivadas de los derechos de la personalidad del humano. De lo anterior puedo colegir que sale sobrando la clasificación de los bienes en patrimoniales y no patrimoniales o extrapatrimoniales, cuando lo correcto es referirnos a bienes pecuniarios y no pecuniarios, porque ambos, a fin de cuentas, forman el patrimonio.

Estos comentarios debemos tenerlos presentes toda vez que la representación tiene un impacto distinto tratándose de unos y de otros, es decir, el derecho establece reglas distintas para cada uno de ellos.

4.2.2. Efectos jurídicos que se ocasionan por la incapacidad

En el Derecho Ecuatoriano, por regla general, cuando una persona capaz deviene en incapaz, de inmediato su estatus jurídico se altera y se generan de acuerdo a Fernando

Cárdenas Gonzales las siguientes consecuencias:

“Primera: Se suprime su capacidad de ejercicio.

Segunda: Debe declararse judicialmente su estado de interdicción.

Tercera: Queda sujeto a la institución jurídica de la tutela.

Cuarta: La ley, a través del juez, designa al tutor conforme a la reglas de la tutela legítima y, en su caso, la dativa. El ejercicio de la tutela es obligatorio y es supervisado por un curador.

Quinta: La ley confiere al tutor las atribuciones para el desempeño de su cargo; facultades, derechos, obligaciones, restricciones y prohibiciones que están delimitadas por el orden jurídico. El tutor funge como representante legal y administrador de los bienes del incapaz, ejercer las facultades conferidas en las dos esferas del patrimonio del pupilo, el moral o extrapatrimonial y el económico o patrimonial. Por lo que respecta al patrimonio económico, las facultades deben ser ejercidas bajo el principio de que los bienes que lo forman deben ser conservados y no explotados, es decir, se debe conservar el patrimonio por disposición de la ley ante la imposibilidad de su titular de poder decidir respecto a él.

Sexta: Cuando se haya conferido la representación voluntaria o poder, ésta termina conforme a lo establecido en el artículo 2067 numeral 7 del Código Civil, ya que la incapacidad declarada del poderdante es una causa que da por terminada la representación o poder:

Como podemos apreciar, la ley restringe a la persona la autonomía de su voluntad para autorregular situaciones de pérdida de capacidad a fin de hacer prevalecer la voluntad

de la Ley y sea ésta quien decida sobre el futuro del patrimonio moral y económico de la persona que siendo capaz devenga en incapaz. *”*[23]

Al declararse la incapacidad de una persona, esta carece de capacidad de ejercer sus negocios por sí mismo, y para ello se debe judicialmente ser declarado la persona interdicto, vista ésta en el campo civil no como una condena sino que es una medida de protección a los incapaces en los casos previstos en la ley. Otro efecto que genera es la creación de la institución jurídica de la tutela, es decir que la institución es como un cargo que tiene una persona a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar sus negocios. Y esta tutela será resuelta por el Juez, siguiendo las reglas previstas en el Código Civil, confiriéndole a quien las atribuciones para el desempeño de su cargo; facultades, derechos, obligaciones, restricciones y prohibiciones que están delimitadas por el orden jurídico.

4.2.3. Aspectos negativos que se generan por la incapacidad

Esta regulación tradicional de la situación jurídica del incapaz ha ocasionado en la práctica muchos problemas, como son:

a) Inmoviliza el patrimonio económico del incapaz.- Por disposiciones de la Ley los bienes del incapaz deben ser conservados ante la imposibilidad de su titular para decidir

[23] CÁRDENAS GONZÁLEZ: Fernando Antonio, Incapacidad, Editorial PORRUA, México, 2006 P.45

sobre los mismos. Esto ha ocasionado que los bienes permanezcan ociosos en perjuicio de la circulación de la riqueza.

Cuando la persona capaz deviene en incapaz, su patrimonio económico deja de ser productivo al quedar sujeto al régimen estricto y rígido de la tutela legal y pierde la oportunidad de incrementarlo; inclusive se le priva del derecho de disponer del mismo en tiempo oportuno para hacer frente a la enfermedad que motivó su incapacidad, ya que para vender un inmueble de su propiedad requiere que su tutor obtenga del juez la licencia respectiva, la cual se concede después de acreditar la necesidad de la medida y satisfacer un sinnúmero de requisitos legales; este sistema burocrático ocasiona que cuando se concede la autorización requerida, ésta ya no es útil para los intereses del incapaz.

b) No siempre el tutor designado por la ley es la persona indicada.- Es frecuente que el cargo de tutor legítimo recaiga en persona no idónea, ya que, tal vez, no tenga la capacidad para cuidar a la persona y administrar correctamente los bienes pertenecientes al incapaz.

Es decir, en muchas ocasiones el tutor nombrado no tiene el cariño o el amor suficiente para cuidar al incapaz, ni tampoco la capacidad para administrar sus bienes; por ejemplo, una negociación mercantil compleja, ya que el tutor – esposa, hijo, ascendiente o hermano- puede carecer de la experiencia para atender eficientemente los negocios del representado y, además, no debemos pasar por alto que no es lo mismo trabajar para una

causa propia que ajena, generándose con todo esto un daño moral y patrimonial al incapaz, en consecuencia, se frustra la buena intención del legislador con este sistema tutelar que hoy en día presenta importantes inconvenientes.

La tutela legítima es obligatoria, debe ser ejercida por la persona que la ley designe, claro, siguiendo las reglas del caso; pero la persona designada no siempre se encuentra en posibilidades para desempeñarla, no obstante lo cual debe cumplir con esta obligación porque la tutela se funda en un deber de piedad ante la imperfección del ser humano. Esta circunstancia lastima la esencia de la tutela porque no es lo mismo servir a nuestro prójimo con gusto y de manera voluntaria, que contra nuestra voluntad, bajo el deber impuesto por la ley de cumplir con una determinada conducta.

c) No se reconoce la autonomía de la voluntad. Se priva a la persona del derecho de decidir sobre sí mismo y respecto a sus bienes ante la eventualidad de resultar incapaz. Se rompe el principio de la autonomía de la voluntad que debe prevalecer en todas las relaciones humanas y jurídicas de carácter privado.

No olvidemos que el derecho es dinámico, debe evolucionar al mismo tiempo que evoluciona la sociedad, debe satisfacer las necesidades que ésta demanda, las cuales varían de época en época, de lugar a lugar, necesidades que se van transformando según las conveniencias sociales; por lo que un buen legislador debe recoger esas exigencias para incorporarlas al marco jurídico, de lo contrario la esencia del derecho se frustra y no cumple su noble e importante función.

Qué mejor que el propio interesado tome las decisiones para elegir a la persona que pueda cuidarlo y administrar sus bienes en la forma y términos que disponga, aun para romper con el principio de la conservación del patrimonio, porque a final de cuentas el interesado es quien resulta tener los elementos de juicio convenientes para tomar esas decisiones.

4.2.4. Principios que rigen a la autonomía de la voluntad

Los principios rectores de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema jurídico se sujetan de acuerdo a Fernando Cárdenas Gonzales a las reglas siguientes:

Primera: Salvo que se trate de normas dispositivas, la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla.

Segunda: Sólo pueden autorrenunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros.

Para que la renuncia surta efectos se requiere que no quede duda acerca de cuál es el derecho que se renuncia y que se haga en términos claros y precisos.

Tercera: Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley, se resolverá conforme a los principios generales de derecho.

Cuarta: Cuando haya conflictos de derechos, a falta de Ley expresa que sea aplicable, la controversia, se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma

especie, se decidirá a favor de la parte que cultural, económica o socialmente sea la más débil, y sólo cuando las partes se encuentren en similares circunstancias se resolverá observando la mayor igualdad entre ellos.

Quinta: La persona tiene el deber de ejercer sus derechos, usar y disponer de sus bienes, no sólo en forma que no perjudique a la colectividad o a terceros, sino también de manera que redunde en beneficio social; igualmente tiene el deber de ejercer esos derechos, cuando por el no ejercicio, uso o disposición, se cause un perjuicio general o se impida un beneficio colectivo.*"*[24]

Como primer principio que la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, significa que quien ha sido designado tutor, debe cumplir las atribuciones para el desempeño de su cargo; facultades, derechos, obligaciones, restricciones y prohibiciones que están delimitadas por el orden jurídico, como le han sido designadas por el Juez, situación que no puede ser cambiada sino por autoridad competente y no por la sola voluntad del tutor. El segundo requisito consiste en que el tutor no puede autorrenunciarse los derechos privados, cuando aquello perjudica o afecta derechos de terceros, siendo permitido este principio de renunciabilidad para los derechos de los particulares, cuando el titular de estos siendo válida le es permitido prescindir de su ejercicio por propia decisión sin afectar a terceros.

El tercer principio consiste, las controversias por las tutelas dadas por la autoridad competente, su situación se resolverán a lo previsto por las normas señaladas en el

[24] CÁRDENAS GONZÁLEZ: Fernando Antonio, Incapacidad, Editorial PORRUA, México, 2006. P. 56.

Código Civil, y si no lo señala la norma se resolverá a los principios generales del derecho, que significa que se regirán por lo estipulado en la doctrina la jurisprudencia, las normas internacionales o a las costumbres del lugar.

En el cuarto principio es una manera de solucionar una controversia por la tutoría dada a una persona, y esta no es sino la observancia que a falta de una norma expresa se decidirá de las soluciones que traten de evitar o impedir que sucedan perjuicios en tales controversias, y no se resolverán si por ésta se observan intereses de lucro en su solución.

El quinto principio de la autonomía de la voluntad, es la observancia del interés social o el beneficio visto para la colectividad en cuanto a cumplir los derechos, y obligaciones en la administración de los bienes del incapacitado.

4.2.5. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia y de las personas

La clásica autonomía de la voluntad debe ser respetada, no sólo en el campo del Derecho Patrimonial de la persona, sino también en el ejercicio de sus facultades y derechos subjetivos, particularmente en el Derecho de Familia y de las Personas. Este reconocimiento de la potestad de la autodeterminación de la persona no es más que la expresión, en el ámbito jurídico, de garantías constitucionales, particularmente de la libertad individual. Se trata de ampliar el horizonte de la voluntad unilateral privada con carácter vinculante.

La autonomía de la voluntad se funda en el principio de la libertad, cuyo concepto, para María Moliner, significa "facultad del hombre para elegir su propia línea de conducta, de la que, por tanto, es responsable". Lo contrario a la libertad es la esclavitud; cuando el hombre no se siente libre, su vida no es plena, la libertad permite la realización del ser humano frente al derecho y la propia vida. La manifestación más clara de la autonomía de la voluntad se funda en la libertad. Actualmente la sociedad exige al Estado le conceda la libertad de autorregular las situaciones de su propia incapacidad. Las variantes de libertad difieren en mucho: se dice que la libertad es una altísima prerrogativa del ser moral e inteligente; el libertinaje, una abyección; la libertad es un sistema; el libertinaje, un abuso, la libertad, un apóstol; el libertinaje, un bandido. La libertad es lo opuesto al libertinaje, porque en tanto aquélla carece de cortapisas, éste es esclavo de sus propios vicios. La libertad es el dominio de nosotros mismos; la libertad no es un derecho, sino una obligación; la libertad es hacer lo que la ley deja de hacer; porque los hombres libres son siervos de la ley.

La práctica no enseña que cuando una persona se encuentra en una etapa progresiva de la pérdida de su capacidad, busca dar soluciones puntuales para asegurar la estabilidad económica, pero en la gran mayoría las miras con más amplias, pretende dejar organizado el sistema de protección de su persona. ¿Por qué no respetar estas decisiones? ¿Por qué debe prevalecer el imperio de la ley sobre la voluntad privada? ¿Quién es el más interesado en el cuidado de su persona y bienes, el Estado o la propia persona? ¿Quién es el más apto para tomar estas decisiones?. Sin duda son aspectos que se deben ubicar en el campo de la autonomía de la voluntad privada, la cual debe

prevalecer para dejar en libertad a la persona para autorregular las situaciones derivadas de su propia incapacidad, ya que constituyen auténticos derechos de la personalidad que solamente a su titular le corresponden ejercer.

4.2.6 La enajenación del objeto ilícito

La Ley considera legal la compra de objeto lícito, al respecto Víctor de Santo expresa que "*Solo se considera comercial la compraventa de cosas muebles para revenderlas por mayor o menor, bien sea en la misma forma que se compraron o en otra diferente, o para alquilar su uso, comprendiéndose la moneda metálica, títulos de fondos públicos, acciones de compañía y papeles de crédito comercial*"[25]

Se analiza la compra de cosa que están en el comercio, no se consideran comerciales: las compras de bienes raíces y muebles accesorios, salvo las compras de cosas accesorias al comercio, para prepararlo o facilitarlo, aunque sean accesoria a un bien raíz; las de objetos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se haga la adquisición; las ventas que hacen los propietarios y cualquier clase de persona, de los frutos y efectos que perciben por razón de renta, donación, salario, emolumento u otro cualquier títulos remuneratorio o gratuito.

Una de las características del contrato de compraventa es que debe ser bilateral, al respecto Juan Larrea Holguín señala: "*La bilateralidad de la compraventa no se*

[25] DE SANTO. Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 259

desvirtúa en los casos de "policitatio", es decir, de oferta general al público, dejando abierta la posibilidad de que alguien acepte y con su consentimiento perfeccione la compraventa. Esto se efectúa actualmente, incluso por medios mecánicos: máquinas expendedoras automáticas, con listas de precios, o almacenes mecanizados en los que no hay relación personal directa entre vendedor y comprador."[26]

Tampoco deja de ser bilateral el contrato cuando alguien compra para un tercero; en este caso se complica la relación jurídica con una representación legal (como cuando un padre compra para el hijo de familia a quien representa), o con un mandato o agencia de negocios. En el último supuesto, se requiere la confirmación del beneficiario de la compra, ya que el agente oficioso carecía de poder para actuar en su nombre. En último término, las partes son siempre dos y no más de dos: vendedor y comprador. Desde luego la pluralidad de vendedores o de compradores no altera en nada esta característica, pero sí da lugar a complicadas cuestiones en torno a la responsabilidad y a las acciones judiciales que en algunos casos son divisibles y en otros no.

Como característica del contrato Juan Larrea Holguín indica que es oneroso, expresando "*La necesidad de que exista un precio por el cual se compra la cosa, hace de este contrato de carácter oneroso, y precisamente lo diferencia por ello de la donación. Cuando el precio no se paga en dinero sino íntegramente con otra cosa, o por lo menos en su mayor parte con otra u otras cosas, deriva en permuta; pero tanto la*

[26] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 16

compraventa como la permuta son títulos onerosos."[27]

Esta característica tiene mucha importancia para la regulación de lo relativo a los vicios redhibitorios y a la lesión enorme así como para la asignación misma de las cosas a uno u otro patrimonio, en el caso de las personas casadas, ya que a la sociedad conyugal ingresan las cosas adquiridas a título oneroso durante la vigencia de la sociedad. Finalmente, tiene trascendencia en materia tributaria.

Larrea Holguín señala que "*La compraventa es conmutativa o sinalagmática, es decir que cada una de las partes se obliga en virtud de la obligación recíproca de la otra: la causa jurídica para el vendedor es la obligación del comprador de pagarle el precio, y la causa jurídica para el comprador consiste en la obligación del vendedor de transferir el dominio de la cosa.*"[28]

La reciprocidad de obligaciones guía toda la regulación equitativa de responsabilidades y de indemnizaciones que se deben las partes en caso de incumplimiento. Solo excepcionalmente este contrato que es conmutativo, puede convertirse en aleatorio: cuando se vende una cosa que puede o no existir o llegar a existir.

Por otro lado la promesa de compraventa de inmuebles, produce una obligación de hacer, y que incumplida la obligación, el juez puede dar eficacia al contrato firmando la escritura pública en reemplazo del vendedor renuente. Juan Larrea Holguín señala: "*La*

[27] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, P. 17
[28] IBIDEM, p. 17

ejecución de una obligación de hacer, queda siempre supeditada a que sea posible física y jurídicamente. Si la cosa ha desaparecido, se ha extinguido, por ejemplo un terreno por inundación permanente, o por haber salido del comercio, entonces la obligación de hacer se transforma en la de indemnizar. En una sentencia se dice: 'Después de la promesa de venta válidamente celebrada, se ha embargado el inmueble. El promitente vendedor alegó 'imposibilidad legal de cumplir la promesa de venta'. La primera Sala de la Corte Suprema resolvió que si el embargo hubiera sido anterior a la promesa, habría objeto ilícito en la enajenación del bien, pero no es este el caso; además, la venta no es enajenación y por tanto, debe cumplirse lo prometido. La manera como pueda el demandado verificar a favor de los actores la tradición de la cosa vendida, no es aspecto que pueda contemplarse en esta sentencia'. Un tanto extremada parece la última parte de esta resolución, pero de todas formas queda en claro que, mientras no exista verdadera imposibilidad física o legal hace derivar la obligación en otra consistente en reparar el perjuicio."[29]

Si la imposibilidad se ha producido por culpa del mismo vendedor, su obligación se agrava y si no es capaz de cumplir la obligación, será condenado con mayor rigor a la indemnización de perjuicios. En una sentencia de la Corte Suprema encontramos lo siguiente. Se celebró legalmente la promesa y se ha pagado el precio. Tiene derecho el comprador, de exigir el cumplimiento del contrato, a pesar de que el vendedor, dolosamente, ha vendido e inscrito la escritura de venta a un favor de un tercero. A pesar de que la sentencia puede resultar ineficaz, la Corte Suprema ordena cumplir la

[29] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 24

promesa de venta. Verificada la imposibilidad, tendría que condenarse al vendedor a la indemnización.

Para que se pueda exigir el cumplimiento de la promesa, debe, desde luego haberla cumplido el reclamante o estar dispuesto a cumplir de inmediato su propia obligación. Esto deriva del carácter sinalagmático de estos contratos.

Producida, de todos modos, la enajenación o si se ha gravado la cosa vendida, el comprador tiene la obligación de devolver la cosa al vendedor, libre de cargas, y siendo esto imposible, tendrá que cubrir todos los perjuicios. Tratándose de bienes muebles, en principio su posesión vale como título, y la enajenación a terceros resulta más firme que la de inmuebles; los adquirentes podrán conservar la cosa y el peso de la indemnización recae íntegramente sobre el comprador que enajenó.

Juan Larrea Holguín señala que "*Para evitar estas dificultades se suele recurrir a una cláusula de prohibición de enajenar. Esta es lícita y válida, siempre que se mantenga dentro de los límites permitidos por el derecho: no se puede establecer bienes perpetuamente inalienables. Por tanto, mientras pende la condición, no podrá enajenar el comprador, si así se ha pactado, y, en caso contravenir esta disposición, sería nula la venta por existir objeto ilícito. Sin embargo, la prohibición convencional de enajenar admite algunas variantes: puede prohibirse bajo pena de multa, cláusula penal, sin subordinar a un efecto anulador la posible contravención de lo pactado: entonces sí*

realmente el comprador enajena lo que se obligó a no enajenar, no hace un acto nulo, sino que deberá pagar la multa establecida."[30]

Puede también condicionarse la prohibición a una indemnización de todo perjuicio, lo cual resultará más complicado y difícil de ejecutar en la práctica, pero también es legal y no produciría nulidad de la venta hecha por el comprador. Si, en cambio, la prohibición pactada es absoluta, la venta por el comprador será nula, el vendedor original puede reivindicar la cosa, al menos tratándose de inmuebles, de manos del comprador, es decir del tercero que adquirió ilegalmente. Respecto de muebles, como ya se ha dicho, no cabe normalmente esta reivindicación, salvo que se probara mala fe en el tercero adquirente, lo cual será difícil de probar.

La venta de cosas que carecen de objeto lícito causan nulidad, al respecto Arturo Alessandri Besa exterioriza que "*La nulidad parcial se observa con mayor frecuencia en los actos y contratos que están constituidos por diversas cláusulas, más o menos independientes unas de otras, en cada una de las cuales deben concurrir todos los requisitos esenciales para que sean plenamente válidas. Si una de las cláusulas del acto o del contrato se establece en expresa contravención a la ley, por ejemplo, adolece de objeto ilícito, y es nula absolutamente; pero esto no significa que todo el acto o todo el contrato de que esa cláusula forme parte sea nulo de nulidad absoluta: el reste puede ser perfectamente válido y producir plenos efectos.*"[31]

---

[30] LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008, p. 71

[31] ALESSANDRI BESA, Arturo: La Nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno, Ediar Editores Ltda., Tomo II, segunda edición, Santiago de Chile – Chile, p. 79

EL problema se reduce, pues, a determinar los casos en que, se produce la nulidad parcial, que es aquella que vicia una parte de una sola disposición, o a una de varias disposiciones contenidas en un negocio jurídico determinado. El acto puede ser nulo todo o en parte, según, que el vicio afecte a toda la declaración de la voluntad ya todas: las partes del negocio, o bien sólo a una cláusula accesoria o parte- que no sea principal, porque si se trata de una parte principal, todo el negocio jurídico es nulo.

Arturo Alessandri manifiesta: "*La nulidad absoluta, como su nombre lo indica, es un sanción destinada a condenar todo lo que ha sido ejecutado .con menosprecio del interés general. Es una sanción cuyo fin es castigar todo aquello que sea ilícito; todo lo que vaya contra la moral, contra las buenas costumbres, y sobre todo, del orden público, de la ley misma; no le importa al legislador que el acto o contrato no perjudique a ninguno de los contratantes, que no los lesione en su patrimonio, porque basta que ese: acto o contrato afecte de algún modo el orden público para que sea atacable por la vía de la nulidad.*"[32]

Es un interés social que la ley tiene en mira al establecer la nulidad absoluta como sanción para los actos y contratos que afecten al orden público, más que un interés simplemente particular y patrimonial de las personas que ejecutan el acto o celebran el contrato, como es el caso de la nulidad relativa, que se concede a las personas con el objeto de que protejan su patrimonio que ha sido lesionado por un acto jurídico irregular.

[32] IBIDEM, p. 109

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

En el presente punto se analiza lo correspondiente al derecho de la propiedad como lineamientos desde la Constitución de la República del Ecuador, tomando en consideración una perspectiva individual y social en el reconocimiento y garantía en la satisfacción de las necesidades esenciales, pero a la vez en consideración a la función social que desempeña el derecho de propiedad.

La propiedad como bien inmueble no existe como tal, cuando la Constitución de la República del Ecuador, prescribe en el Art. 66 numeral 26 que el Estado reconoce y garantiza *"**El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas**"*[33], es un enunciado lírico ya que la propiedad se encuentra limitado a una función social, como es el caso de ser expropiado por interés público o utilidad social, lo cual no existe plenas facultades, poder soberano y límite de tiempo.

El reconocimiento de la propiedad en la Constitución de la República trae innovaciones nuevas, en cuanto a los bienes sobre los que se tiene un derecho de propiedad, pues se

[33] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 66 núm. 26

incorporan, a más de la clásica distinción entre propiedad privada y pública, nuevas figuras que significan un avance hacia formas solidarias y más democráticas.

Cuando la Constitución señala "el derecho de propiedad en todas sus formas", da la idea que la propiedad no tiene derechos propios, ya que ésta cumple su función de responsabilidad social y ambiental, se trata de un enfoque a un cambio fundamental tanto en el ambiente jurídico y cultural.

Con la función de responsabilidad social y ambiental, significa que la propiedad deja de ser el derecho subjetivo del individuo, y tiende a convertirse en la función con responsabilidad social. La propiedad implica, para todo detentador de una riqueza, la obligación de emplearla para acrecer la riqueza social, y, merced a ella, la interdependencia social. Sólo él puede cumplir cierto menester social. Sólo él puede aumentar la riqueza general, haciendo valer la que él detenta. Se halla, pues, socialmente obligado a cumplir aquel menester, a realizar la tarea que le incumbe en relación a los bienes que detenta, y no puede ser socialmente protegido si no la cumple, y sólo en la medida en que la cumple.

Ahora bien el derecho a la seguridad jurídica se funda según lo establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador que establece:

> ***"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."***

La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la «certeza del derecho», tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribe cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas.

En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado.

La propiedad como derecho de libertad señalado en el Art. 66 numeral 26, va de la mano con el Art. 321 de la Constitución de la República del Ecuador, que expresa: *"**El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada,***

***comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental**. "*[34]

La propiedad puede ser pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, sin embargo estas deben cumplir una función social y ambiental, lo que implica la posibilidad de, mediante la ley, reivindicar los derechos de enormes y numerosas comunidades que durante siglos debieron sufrir la expropiación de sus derechos ancestrales. El Estado podrá expropiar argumentando el interés social y nacional, pero reconocerá el justo valor.

Y así se señala el derecho de la propiedad de las comunidades y pueblos ancestrales, en el Art. 57 numerales 4 de la Constitución de la República del Ecuador que prescriben:

> *"**Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:***
> ***4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.***
> ***12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora.***"[35]

Los conocimientos colectivos tampoco podrán ser objeto de apropiación así como los recursos genéticos que contiene nuestra enorme biodiversidad. De esta forma se pone

[34] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Arts. 82, 321.
[35] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 57 núm. 4, 12

límites a la voracidad de los grandes monopolios internacionales que desde hace años usufructúan de esta situación. Cabe mencionar, sin embargo, que muchas acciones de apropiación del recurso genético y del conocimiento colectivo ya se han realizado y legalmente pertenecen a terceros. Dado que esta situación causa derecho y la nueva constitución no puede legislar sobre hechos pasados, la ley deberá establecer los mecanismos adecuados para recuperar para el país estos legados.

Otro tipo de propiedad comunitaria, se refiere nuestra Constitución de la República del Ecuador a la propiedad colectiva de la tierra, que en el Art. 60 dispone:

> "***Art. 60.- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.***
> ***Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial***."[36]

El Estado reconoce a los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios la propiedad colectiva de la tierra, pero para esto el Estado debe buscar una rigurosa planificación estatal que en nuestro país deberá considerar a los aún menospreciados e irreversibles cambios climáticos que seguirá ocasionando el calentamiento global, conviene señalar que no es nada nuevo hablar del manejo comunitario de la propiedad inmobiliaria rústica ni, en otras palabras, de la intervención del Estado en los predios que no cumplen su función social, como con entusiasmo y afanes políticos se habló antes del último 30 de septiembre en el que elegimos a los Asambleístas que elaborarán la nueva Carta Magna.

[36] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 60

El trabajo conlleva un tipo de propiedad, ya que todas las modalidades de trabajo se reconocen como sectores sociales productivos incluidos las de auto sustento y cuidado humano. Vale decir que mediante esta disposición el trabajo en el hogar, por ejemplo, se considerará un sector productivo al que se protegerá progresivamente con la seguridad social.

La lacra del desempleo se enfrenta con la disposición primera del artículo 326 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: "***El Estado impulsará el pleno empleo, la eliminación del subempleo y del desempleo***."[37]

La nueva constitución reconoce expresamente "***el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa.***"[38], deja para la ley la definición de otros limitantes, como el número mínimo de trabajadores para conformar un sindicato al que ellos podrán afiliarse o desafiliarse voluntariamente. Las organizaciones de trabajadores tendrán un funcionamiento democrático, participativo, transparente, alternativo. En el caso de la relación con las instituciones del gobierno, los trabajadores serán representados por una sola organización.

> En el Art. 334 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: "***El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:***
> ***1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.***

[37] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 326 núm. 1
[38] IBIDEM, Art. 326 núm. 7

2. Desarrollar políticas específicas para erradicar la desigualdad y discriminación hacia las mujeres productoras, en el acceso a los factores de producción.
3. Impulsar y apoyar el desarrollo y la difusión de conocimientos y tecnologías orientados a los procesos de producción.
4. Desarrollar políticas de fomento a la producción nacional en todos los sectores, en especial para garantizar la soberanía alimentaria y la soberanía energética, generar empleo y valor agregado.
5. Promover los servicios financieros públicos y la democratización del crédito."[39]

Esta disposición es un mecanismo para promover el acceso al capital, se propone democratizar el crédito. En el contexto del sistema capitalista la Constitución del 2008 es de avanzada, pero el problema de la apropiación del producto del trabajo por quien tiene el capital no es enfrentado, hacerlo implica cuestionar al propio sistema capitalista. Corresponde a los revolucionarios caminar por ese sendero.

La comunicación es importante, en el desarrollo de la propiedad y a la vez de los negocios en nuestra sociedad, para un nivel equitativo y competitivo de emprendimiento y así lo señala el Art. 17 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, enunciando que:

"***El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:***
3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias."[40]

La comunicación como una herramienta que redunda en crecimiento, desarrollo y posicionamiento de las empresas, cada vez cobra más importancia en el Ecuador. Creo

[39] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 334
[40] IBÍDEM, Art. 57 núm. 3

que hoy en día el emprendimiento al fomento de los negocios comienza a ser visibilizada por las empresas grandes y líderes en su sector como un valor agregado, fundamental en su actividad. Un punto importante que le da la Constitución a la propiedad es el tránsito y a la viabilidad, ya que en el Art. 31 prescribe:

> "***Las personas tienen derecho al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, bajo los principios de sustentabilidad, justicia social, respeto a las diferentes culturas urbanas y equilibrio entre lo urbano y lo rural. El ejercicio del derecho a la ciudad se basa en la gestión democrática de ésta, en la función social y ambiental de la propiedad y de la ciudad, y en el ejercicio pleno de la ciudadanía***."[41]

Esta disposición determina que toda persona tienen derecho a transitar libremente por nuestro territorio, en cuanto al disfrute pleno de la ciudad y de sus espacios públicos, esto visto de propiedad, dominio y uso público, pese a esto la ignorancia que actúa como discriminación en conjunto con nuestra inacción y conformismo permite que los lugares donde se desarrolla y enriquece gran parte de nuestras vidas sigan siendo usados como propiedad y en beneficio de unos pocos. Así, somos permanentemente golpeados, impedidos de entrar, insultados, apresados y discriminados en lugares que por derecho son nuestros. La privatización, la violencia, la iconografía del miedo, entre otros nos han impedido la apropiación y uso de los mismos como lugares de acción, disfrute y difusión para individuos, colectivos y comunidades.

Un punto que da la atención nuestra Constitución de la República del Ecuador, es lo que tiene que ver a los recursos naturales en su protección como propiedad del Estado, es así que en el Art. 408 de la norma suprema indica:

[41] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 31

> "***Art. 408.- Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, substancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución.***
> ***El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.***
> ***El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.***"[42]

El derecho de propiedad de los recursos naturales no renovables y en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso en las zonas cubiertas con las aguas del mar territorial, son del Estado, con sus características propiedad que no pueden ser vendidos, hipotecadas, embargados, por ningún organismos público o privado, ni judicial ni extrajudicialmente.

Esta protección es para proteger nuestros recursos naturales no renovables, el control de la explotación de los recursos naturales es una preocupación primordial de los Estados. Ahora bien, dichos recursos se encuentran en grandes cantidades en los países en el Ecuador (petróleo, metales, diamantes, madera), lo que suscita la codicia de las grandes potencias como Estados Unidos, la Unión Europea y China, que tienen una necesidad imperiosa de esos recursos para abastecer sus economías.

Las autoridades públicas tienen el derecho inalienable de propiedad y explotación de sus recursos naturales en beneficio de sus poblaciones, imprescindible para construir, por

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, Art. 408

fin, un modelo económico socialmente justo y ecológicamente sostenible. Pero hace falta la voluntad política de trabajar por la mejora de las condiciones de vida y para la elaboración de una lógica basada en la satisfacción de los derechos humanos fundamentales. El bien común no puede malvenderse a un puñado de millonarios mientras cientos de millones de individuos no tienen acceso a los bienes y servicios básicos.

Como hemos visto el derecho a la propiedad se encuentra garantizado por nuestra Constitución de la República del Ecuador, no solo en las normas invocadas sino en el derecho a la seguridad jurídica que si bien este derecho se encuentra garantizado en la Constitución en el Art. 82, no es menos cierto que el Código Orgánico de la Función Judicial nos habla del Principio de Seguridad Jurídica establecido en el Art. 25 que nos dice:

> ***"Art. 25.- PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA.- Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas."***

Este principio obliga a que los servidores públicos en el ejercicio de las facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico, que sus resoluciones guarden coherencia con la Constitución, Tratados Internacionales , las leyes vigentes y más normas jurídicas,

consecuentemente no habrá seguridad jurídica ni Estado de derecho; si no se respeta el ordenamiento jurídico nacional e internacional por ello, es deber del justiciable evitar este tipo de violaciones; así mismo este principio implica la obligación que tienen las juezas y jueces de velar por el constante uniforme y fiel aplicación de la Constitución, Instrumentos Internacionales de derechos humanos y ratificados por el Ecuador y demás leyes y normas de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

4.3.2. Código Civil

De acuerdo al 1453 del Código Civil "*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*"[43]

Los sujetos activos de la obligación, tanto el acreedor como el deudor, deben ser capaces, bien entendido sea que aludimos a la capacidad de derecho y no a la de hecho, que pueden faltar.

No se concibe una obligación de sujeto indeterminable, porque entonces faltaría el titular de derecho o deber. Decimos determinable, porque no es indispensable que el

[43] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1453

acreedor esté individualizado desde el momento del nacimiento de la obligación, siempre que del acto surja el modo o el momento de que se determinará; así, por ejemplo si se rifa un automóvil, queda aclarado que el acreedor será quien gane el sorteo.

Las obligaciones pueden ser mancomunadas o solidarias divisibles e indivisibles. También existen las obligaciones nacidas de la propiedad o posesión que se tiene respecto de una cosa, con motivo de un derecho real, pero de carácter personal y hay, por tanto, un deudor determinado.

El Art. 1460 del Código Civil establece los elementos del contrato en los siguientes elementos: "*Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*"[44]

Este artículo determina la existencia de tres elementos de los contratos como son esenciales, naturales y accidentales. Los esenciales son aquellos cuya concurrencia el contrato no puede concebirse ni existir, ya que son la esencias del acto, como por ejemplo si no hay precio, no hay compraventa. Los naturales son aquellos que se

[44] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1460

consideran implícitamente comprendidos en el contrato, mientras que las partes no convengan lo contrario, ya que se trata de un elemento que no es de la esencia sino de la naturaleza del contrato, que puede ser excluido por la manifestación de voluntad de las partes y el contrato no dejaría de ser tal, por ejemplo la obligación de saneamiento que tiene el vendedor. Y los elementos esenciales son aquellos que dependen solo de la voluntad de las partes, se los llama también modalidades, por ejemplo el plazo, la condición.

El Art. 1461 del Código Civil, indica los requisitos de un acto o contrato, señalando: "*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:*

1. Que sea legalmente capaz;

2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

4. Que tengan una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra"[45]

Entre requisitos de existencia son los indispensables para que el acto o contrato nazca a la vida jurídica, sin importar su validez o no; pero su omisión, acarrea la inexistencia jurídica del acto o contrato. Estos requisitos son: la expresión de voluntad o consentimiento, la existencia de un objeto lícito, la existencia de una causa lícita, y, las formalidades en los casos que la ley exige. En cambio, los requisitos de validez son los

[45] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1461

que garantizan la eficacia jurídica del acto o contrato, pero su omisión lo vicia y permite anularlo. Estos requisitos de validez son: Capacidad de las partes, la voluntad o consentimiento sin vicios, objeto lícito, causa lícita, la lesión enorme y, las solemnidades legales en los casos exigidos por la ley.

Se refiere a la capacidad legal que deben tener las partes para con¬tratar, y por regla general, una persona es capaz cuando tiene la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones; y, según lo prescribe el Art. 1462 del Código Civil, "Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces"[46].

Pero es necesario aclarar, que me refiero a la capacidad legal, no a la capacidad jurídica como suele confundirse, ya que esta última hace relación a la capacidad de goce, es decir, a la aptitud que tiene toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones por su sola condición de ser persona.

Mientras que la capacidad legal o capacidad de ejercicio de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

A más del Estado, en los Contratos Públicos, tendremos por otra parte, a los particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas; pero, para que el acto o contrato tenga validez, tanto los representantes legales del Ente Estatal, como los particulares, deberán gozar de capacidad legal en los términos del Código Civil.

[46] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1462

Los sujetos o partes contratantes deben gozar de la capacidad personal obvia para contratar, capacidad legal; y, según nuestras normas, toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, podrá celebrar contratos con el Estado, siempre que tenga plena capacidad de obrar según las normas de derecho común, acredite en la forma establecida por la Ley su solvencia económica y técnica, y no esté inmerso en ninguna de las causas legales de prohibición o incompatibilidad.

El Art. 1463 del Código Civil expresa: "*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.*
Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.
Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las Leyes.
Además de estas incapacidades hay otras particulares; que consisten en la prohibición que la Ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos"[47].

Los ciegos, los mudos, los dementes y los impúberes tienen capacidad jurídica general, es así que loes ciegos por los defectos físicos hacen necesario formalidades especiales en caso por ejemplo de testamento hecho por esta personas. El mudo, si además, no oye y no sabe leer ni escribir, es absolutamente incapaz y necesita de curador. Los dementes aunque no estén en interdicción no pueden ejercer la guarda, habitualmente se pone en

[47] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1463

interdicción sólo al habitualmente demente, pero el demente aunque tenga intervalos lúcidos, no puede ejercer la tutela o curaduría de otra persona. Si estas personas realizan acto o contratos no surten efectos, o sea se considere como si no hubieran jamás hubieran realizarlos.

Entre los incapaces relativos se encuentran los menores adultos y las personas jurídicas, siempre que los primeros se hallen en interdicción de administrar sus bienes. De acuerdo a ello producto de su incapacidad, si ellos realizan actos surtirán efectos cuando la ley lo considere y lo permita, por ello ciertos actos pueden realizarlos tanto los menores adultos como las personas jurídicas.

El consentimiento o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, es un requisito esencial para la existencia de un contrato, cuya inobservancia invalida el mismo, pues deviene su nulidad. En otras palabras, el consentimiento debe estar libre de vicios, y según lo dispone el Art. 1467 de la Codificación del Código Civil, "Los vicios de que puede adolecer son: error, fuerza y dolo"[48]

El consentimiento implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes.
Como en el contrato privado, el consentimiento puede adolecer de vicios que lo invalidan, estos son: error, fuerza y dolo; y, en lo atinente a la manifestación de la voluntad, la simulación.

[48] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1467

Estos son vicios de la voluntad que afectan a la eficacia del acto o contrato, por cuanto la misma no ha sido manifestada libre y espontáneamente.

Sin embargo, no debemos confundir la falta de consentimiento con vicios del consentimiento, ya que la ausencia del consentimiento implica que el acuerdo de voluntades no se ha producido, mientras que cuando existe vicio del consentimiento, dicho consentimiento si existe porque se ha producido la voluntad para generar el acto, en consecuencia, el consentimiento viciado supone la existencia del consentimiento.

Por sentido lógico, no podríamos hablar de un consentimiento válido para la celebración de cualquier acto o contrato, si el mismo está basado en el error o concepto falso, equivocado o deformado de una persona o cosa.

El error puede recaer sobre una norma legal, sobre una persona o sobre una cosa o un hecho; es decir, el error puede ser de derecho o de hecho.

El error de derecho, no es otra cosa que el falso concepto o la igno¬rancia que se tiene acerca de un precepto legal. El error de derecho no vicia el consentimiento, ya que según nuestra normativa jurídica, se presume que la Ley es conocida por todos y su ignorancia no excusa a persona alguna; por tanto el error de derecho no es causal de nulidad relativa, pues, como indicamos no vicia el consentimiento.

El error de hecho, es el concepto equivocado o la ignorancia que se tiene de una cosa, de una persona o de un suceso. En esta parte hemos de advertir, que nuestra legislación

contempla tres clases de error de hecho, determinando que el error será causa de invalidez del contrato cuando es grave, ya que si el error es de escasa importancia o trascendencia, la Ley no autoriza la nulidad del acto y el mismo se mantiene vigente.

El Art. 1472 del Código Civil expresa: "*La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo o condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.*
El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las persona a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento"[49].

De la norma legal citada, podemos apreciar, que la fuerza en sí, no es lo que vicia el consentimiento, sino que, es el temor que dicha fuerza infunde en el ánimo de la persona sobre quien se ejerce, lo que vicia el consentimiento. Dicho de otra manera, es el efecto de la fuerza lo que vicia el consentimiento, la fuerza es la causa, y el temor que infunde en la victima, el efecto.

El Art. 1475 del Código Civil expresa: "*El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.*"[50]
El dolo, es el conjunto de actos ilícitos que con mala fe ejecuta una persona para inducir a engaño o hacer incurrir en error a otra, con el fin de que se celebre un determinado

[49] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1472
[50] IBIDEM, Art. 1475

acto o contrato en perjuicio de aquel contra quien se dirigen dichos actos.

El dolo es interpretado en la doctrina como el artificio o maquinación empleado por uno de los contratantes para engañar al otro, de influir en su ánimo para conducirlo mediante engaños a la celebración del contrato, o para inducirlo a aceptar condiciones que no admitiría

El Art. 1476 del Código Civil indica el objeto de la declaración de la voluntad, manifestando: "*Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.*"[51]

El objeto del contrato, es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, querida o convenida por las partes. Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo.

El Art. 1483 del Código Civil sobre la causa señala: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es una causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la Ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un delito o de un hecho inmoral, tiene una

[51] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1476

causa ilícita"[52].

De acuerdo al Código Civil la causa adolece de ilicitud cuando es: prohibida por la Ley; contraria a las buenas costumbres; y, contraria al orden público. Los actos que la ley prohíbe, además de tener objeto ilícito, tienen causa ilícita, por eso si se celebra un acto o contrato prohibido por la Ley, es castigado con la nulidad absoluta. La causa será contraria a las buenas costumbres, cuando viole los principios de la moral. La causa será contraria al orden público, cuando atente contra el interés general de la sociedad. Como la norma indica también que la causa debe ser real, es decir, cierta, debemos anotar, que la simulación de la causa acarrea la nulidad absoluta del contrato.

El Art. 1732 del Código Civil señala: "*Compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa, y la otra a pagarla en dinero. El que contrae la obligación de dar la cosa se llama vendedor, y el que contrae la de pagar el dinero, comprador. El dinero que el comprador se obliga a dar por la cosa vendida se llama precio.*"[53]

La compraventa puede ser material o inmaterial, ya que el propio Código más adelante menciona la venta de derechos, acciones, etc., que no son cosas materiales; y aunque la palabra cosa abarca unas y otras, conviene destacar en la misma definición esta doble utilidad del contrato, ésta se dirige a la transferencia de dominio y no a una simple entrega de la cosa, que podría ser a título de mera tenencia de posesión o de propiedad.

[52] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1483
[53] IBIDEM Art. 1732

El Art. 1837 del Código Civil de la permuta expresa: "*Permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro*"[54]

Claro está que la analogía entre las dos instituciones llega al máximo grado, porque la una deriva históricamente de la otra, y la diferencia radica en que en la compraventa se emplea dinero, mediante cualquiera de sus representaciones: monedas, billetes, cheques, cartas de crédito, fichas, vales, medios electrónicos, etc., pero siempre dinero. Si desaparece el dinero y es reemplazado "por otra cosa", ya no hay compraventa sino permuta; y en los casos mixtos, de entrega en pago una parte en dinero y parte con otra cosa, es razonable que se considere el contrato como compraventa si es mayor el precio, y como permuta cuando la cosa vale más que el dinero.

4.3.3. Código de Comercio

Al referirse al principal de la actividad mercantil, el comerciante, es el sujeto jurídico del Derecho Mercantil, el personaje central o actor de este Derecho.

Si se analiza el concepto de comerciante desde la antigüedad, es necesario manifestar que en una forma vulgar, se entiende al comerciante como al marchante, al mercader; históricamente comerciante viene del mercado y el mercado supone operaciones de compraventa; en cambio, jurídicamente comerciante es la persona que se dedica al comercio con sentido económico, cumpliendo con ciertos requisitos legales exigidos por

[54] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1837

el Código de Comercio, como tener la capacidad que es una auténtica facultad o habilitación para ejercer la actividad comercial, actuando en el mundo del Derecho creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.

Debo indicar que en los momentos actuales existe el Comerciante Social, que es el papel que desempeña en nuestro medio las Sociedades Mercantiles; papel que cada vez es más importante ya que se tiende claramente a la sustitución de empresario o comerciante individual por las sociedades o empresarios mercantiles colectivos; situación que tiene su explicación por los fenómenos; la concentración industrial y comercial de la economía de nuestra época y la progresiva inclinación hacia formas de organizaciones de sociedades o compañías de responsabilidad Limitada. La actividad del comerciante está expuesta siempre a los más grandes riesgos, por lo que en caso de infortunio el comerciante individual verá comprometida no sólo su fortuna que puso en un negocio determinado, sino su patrimonio íntegro, lo que no sucede con las grandes empresas, especialmente las organizadas modernamente bajo el principio de responsabilidad limitada, de tal manera que las personas que participan en ellas limitan de antemano la cantidad máxima de pérdidas.

El Art. 2 del Código de Comercio indica que "***Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual***"[55].

De conformidad al artículo citado, existe una definición de quienes pueden ser comerciantes, a la vez que se puede deducir los requisitos que debe reunir quien pretende ser comerciante. Para

[55] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 2

comprender a cabalidad este artículo, es preciso acudir necesariamente al Código Civil ecuatoriano en sus artículos:

"***Art. 1.462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto la que la ley declara capaces".***

Art. 1.463.- "Son Absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito"[56].

Los actos realizados por los incapaces absolutos no surten ni obligaciones naturales, peor legales, son actos netamente nulos sin ningún valor legal ni jurídico por la incapacidad absoluta que tienen estas personas.

Son incapaces relativos los menores de edad adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, pero, la incapacidad de estas personas no es absoluta sino relativa, sus actos pueden tener validez en ciertas circunstancias y bajo ciertos requisitos determinados por las leyes.

El menor de edad adulto, es un incapaz relativo que puede adquirir su capacidad total para ser sujeto de derecho cuando haya cumplido su mayoría de edad, es decir de acuerdo a nuestras leyes cuando haya cumplido los dieciocho años; y, la persona que está en interdicción de administrar sus bienes, cuando hayan cesado las causas que determinaron su interdicción.

[56] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, 1463

Además, de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas de ejecutar ciertos actos.

Puedo manifestar que personas incapaces absolutas, son las personas que no pueden realizar ningún acto jurídico; los incapaces relativos aquellos que sí pueden realizar actos o contratos jurídicos una vez que hayan subsanado la capacidad como los menores de edad, al llegar a la mayoría de edad.

Pero, hay que dejar claramente anotado que nuestro Código de Comercio modifica las reglas antes indicadas en lo concerniente a las facultades de ciertos incapaces relativos, al ampliar su capacidad de modo que basta la capacidad general para realizar actos mercantiles; así como ejemplo; los menores púberes si pueden ejercer la actividad comercial cumpliendo ciertos requisitos de orden legal.

El otro requisito para ser comerciante es que haga del comercio su profesión habitual, necesariamente tiene que existir un hábito de ejecutar actos de la misma naturaleza, actos de comercio relacionados entre sí; que este hábito esté inspirado en un espíritu profesional, es decir que el comerciante debe hacer del comercio su profesión, como lo hace el Abogado, el Médico, el Contador Público, etc.

Los actos de Comercio son las fronteras que separan el Derecho Mercantil del Derecho Civil, pues establece sus límites.

Hay que anotar que la expresión acto de comercio solo se utiliza en el idioma jurídico, en lo económico lo que hace profesional y habitualmente el comerciante son operaciones comerciales.

El Código de Comercio ecuatoriano, no ha definido lo que es acto de comercio, por cuanto es difícil encontrar una definición que comprenda todos los actos de comercio, más que todo se debe reconocer que en toda definición se corre el peligro de generalizar o restringir demasiado. La naturaleza del Derecho Mercantil como Derecho Especial necesita una demarcación en el Derecho Civil, para lo cual nuestro legislador toma como base los "actos de comercio", los cuales atraen hacia sí las normas mercantiles.

Se ha dicho que el Derecho Mercantil, es el Derecho propio de los actos de Comercio esto no quiere decir que el acto de comercio absorba por completo al Derecho Mercantil, sino que significa sencillamente que el Derecho Mercantil se realiza por medio de los actos de comercio, porque son ellos los que reclaman un trato distinto al de los actos sometidos al Derecho Civil; y la distinción entre acto civil y acto de comercio sirve de base a la separación del Derecho Mercantil del Derecho Civil.

Para determinar que son actos de comercio existen dos sistemas:

1: El de Definición; y 2.- El de la enumeración, manifestando que casi todas las naciones del globo se inclinan por el sistema de Enumeración, en vista que la definición no contienen todos los actos de comercio.

a) ACTOS DE COMERCIO SUBJETIVOS.- Son aquellos que se toman en cuenta como su nombre lo indica a las personas que intervienen en ellos o sea a las personas de los comerciantes

b) ACTOS DE COMERCIO OBJETIVOS.- Son aquellos que se toman en cuenta el acto mismo y no la persona que interviene, es decir que son los actos en que no sólo se toma en cuenta los únicamente realizados por los comerciantes, sino los que sin ser ejecutados por los comerciantes, se definen como mercantiles atendiendo a su sustantiva naturaleza, de donde se desprende que en todo sistema legislativo el punto de partida para la demarcación del Derecho Mercantil, es el acto de comercio y no el comerciante.

c) ACTOS DE COMERCIO DE RELACIÓN O ACCESORIOS.- Que son aquellos que sirven para completar una industria mercantil, aplicando el principio lógico de que "lo accesorio sigue a lo principal". Ejemplos: Hipoteca de un bien inmueble para que funcione una empresa comercial o industrial.

2.- ATENDIENDO A LA FORMA COMO EL CÓDIGO DE COMERCIO ECUATORIANO LOS COMPLETA.

a) ACTOS DE COMERCIO POR INTENCIÓN: En los cuales se toma en cuenta la intención con que se ejecutan; pues, la intención es lo que le da el colorido de mercantil a un acto de comercio, pero hay que indicar cuando se sabe la intención, únicamente cuando se hace constar en el contrato, que es un caso raro, ya que la persona o

comerciante que compra no va a indicar para que compra la mercadería, entonces corresponde al Juez, a los Magistrados de Justicia, apreciar la intención por las circunstancias habidas; así por ejemplo: Un comerciante compra cinco mil quintales de azúcar, la magnitud de esta operación hará concluir al juzgador que esta persona ha comprado no para consumo de él ni de su familia, ya que nadie compra cinco mil quintales de azúcar para suplir sus necesidades domésticas, obviamente hay la presunción de que el propósito es hacer circular esos quintales de azúcar, por lo que el Juez considerará que hay acto de comercio; Compraventa Mercantil. Otro ejemplo, Cuando se anuncia el alza de precios de un artículo de primera necesidad como es el arroz, dos padres de familia acuden al mercado por ese motivo; el uno compra mil quintales de arroz y el otro compra dos quintales de ese artículo, claramente con luz meridiana se tiene que el primer padre de familia realiza un acto mercantil o comercial, porque adquiere el arroz para revender obteniendo lucro o ganancia y en el segundo caso no existe acto de comercio porque los dos quintales de arroz que adquiere es para su uso familiar.

b) LOS ACTOS DE COMERCIO EJECUTADOS POR EMPRESAS.- Algunos actos para ser calificados como mercantiles necesariamente tienen que ser ejecutados por Empresas, que son aquellas organizaciones jurídicas que sirven de intermediarias en los negocios

c) ACTOS DE COMERCIO POR NATURALEZA.- Que son de todos los contratantes o ya de parte de alguno de ellos solamente:

> El Art. 3 del Código de Comercio ecuatoriano indica: "***Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente.***
> ***1.- La compra o permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y, la reventa o permuta de***

estas mismas cosas. Pertenecer también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, mas no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieran comprado para su uso o y consumo particular o para el sus familias.
2.- La compra y venta de un establecimiento de comercio, y las acciones de una sociedad mercantil;
3.- La comisión o mandato comercial;
4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés, y otros establecimientos semejantes;
S: El transporte por tierra, ríos o canales navegable, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico.
6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;
7.- El Seguro;
8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco.
10.- Las operaciones de correduría, 11: Las operaciones de bolsa.
12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;
13- Las asociaciones de armadores;
14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;
15- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y mis contratos concernientes al comercio marítimo; y,
16- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento"[57].

1: LA COMPRA O PERMUTA DE COSAS MUEBLES: La compra venta mercantil es de una importancia relevante, este contrato que en muchas ocasiones ha sido utilizado para definir el contenido del Derecho Mercantil; pues, en nuestra época, puede decirse que todas las personas adquieren las cosas necesarias para la vida mediante la operación de compraventa.

Es el primer acto de comercio que contempla nuestro Código de la materia, siendo indispensable que se realice tan sólo con bienes muebles y para que sea compraventa

[57] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 3

mercantil debe reunir los siguientes requisitos:

a) Debe ser cosas o bienes muebles.

b) Debe ser hecha con el ánimo de revender, esta es la intención que constituye o da fisonomía el acto mercantil; intención que debe existir en el momento de la compra, ya que los hechos posteriores no alteran en nada el carácter que puede haber tenido la compra en el momento de efectuarse, reventa que debe hacérsela obteniendo lucro o ganancia.

c) Debe ser un contrato consensual, porque se perfecciona y es obligatorio para las partes cuando éstas han convenido sobre la cosa y el precio en forma voluntaria, es decir cuando existe un consentimiento sin vicios que sean capaces de enervar su eficacia, valor legal y jurídico.

d) Es contrato oneroso, porque cada parte efectúa prestaciones equivalentes a la de la otra.

e) Es bilateral, por cuanto establece derecho y obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes.

2.- LA COMPRA Y VENTA DE UN ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO, Y LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL: Es un acto de comercio, absoluto, ya que la intención se manifiesta en el mismo contrato, siendo mercantil para ambos

contratantes, ya que si una persona adquiere un establecimiento comercial, lo hace con la intención de obtener una ganancia; lo mismo que al obtener o comprar las acciones mercantiles, que son TÍTULOS JUSTIFICATIVOS, de la participación de una persona en una compañía o sociedad comercial.

3.- LA COMISIÓN O MANDATO COMERCIAL.- Este numeral considera a la comisión y al mandato como si fueran sinónimos, siendo en realidad diferentes ya que el mandato es el género, y la comisión la especie.

El Mandato Comercial toma el nombre de Comisión cuando versa una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas o en otras palabras, cuando se refiere a negocios individuales determinados.

4.- LAS EMPRESAS DE ALMACENES, TIENDAS, BAZARES, FONDAS, CAFÉS, Y OTROS ESTABLECIMIENTOS SEMEJANTES.- Los actos realizados por estos establecimientos también son mercantiles, siempre y cuando sean realizados por empresas, la empresa es: la organización (le personal, capital y trabajo con una finalidad de lucro para los socios y accionistas privados de carácter público en su finalidad de realizar un servicio público beneficioso para la comunidad.

La empresa económicamente, es la organización de factores de la producción: capital, trabajo, con el fin de obtener una ganancia ilimitada constituyendo una unidad organizada conforme a la exigencia de la explotación económica.

Empresa, jurídicamente vendría a ser todo ejercicio profesional de una actividad económica organizada con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios.

5: EL TRANSPORTE POR TIERRA, RÍOS O CANALES NAVEGABLE, DE MERCADERÍAS O DE PERSONAS QUE EJERZAN EL COMERCIO O VIAJEN POR ALGUNA OPERACIÓN DE TRÁFICO: El transporte es el servicio que consiste en trasladar personas o mercaderías de un lugar a otro.

El Contrato de Transporte se considera mercantil cuando se traslada mercadería o mercancías o cuando se realiza el transporte de comerciantes que se dedican habitualmente a esas operaciones con ánimo de lucro; transporte que puede ser terrestre, marítimo, aéreo y muy pronto espacial.

6.- EL DEPOSITO DE MERCADERÍAS, LAS AGENCIAS DE NEGOCIOS MERCANTILES Y LAS EMPRESAS DE MARTILLO: Constituyen actos de comercio porque son el conjunto de operaciones que se realizan para facilitar la movilización de mercaderías.

El depósito de Mercaderías consiste; que una de las partes hace la entrega temporal de mercaderías y otra que la recibe con la obligación de custodiarla, conservarla y desenvolverla cuando sea reclamada por aquella persona que lo entregó o por otra persona que tenga derecho para ello, el que entrega la mercadería se llama DEPOSITANTE y el que la recibe DEPOSITARIO.

El Depósito Mercantil como derecho de las empresas y de los actos comerciales y de masa; es un contrato real que sólo se perfecciona por la entrega de las cosas que constituye su objeto; no es esencialmente oneroso, puede ser gratuito; es bilateral por cuanto intervienen dos personas.

Las obligaciones del depositario son:

1.- Como primera obligación del depositario es la de custodiar las cosas o mercaderías recibidas en depósito; es decir que tiene que guardar la cosa o mercadería objeto del depósito.

2.- El depositario debe restituir la cosa o mercadería a la persona o personas que le hayan depositado; y,

3.- El depositario tiene la responsabilidad de responder por los daños, pérdidas y deterioro de la cosa o mercadería depositada, si no ha puesto el cuidado racional y normal.

Las obligaciones del depositante son:

1.- Pagar la retribución pactada al depositario sino hubiere pactado lo contrario, es decir que no se haya acordado no pagar remuneración.

2.- El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido.

Las Agencias de Comercio son las oficinas donde se realizan las transacciones mercantiles; pues, los Agentes de Comercio son personas encargadas permanentemente de preparar o realizar contratos mercantiles en su nombre y por cuenta de otros comerciantes, se les considera como comerciantes porque realizan profesionalmente actos de comercio por cuanto las Agencias de Comercio, son consideradas por el Art. 30 del Código de Comercio Ecuatoriano como un acto de comercio, no sólo se comprende las grandes agencias o casas comerciales, sino las actividades modestas de los que día a día tienen que trabajar para vivir; finalmente los Agentes de Comercio tienen una situación jurídica independiente, pueden trabajar en la forma que estimen adecuada, dedicando a ello el tiempo que requieran y siguiendo las rutas o viajes del caso, tomando las medidas que estimen convenientes para sus intereses. Las Empresas de Martillo, consisten en las organizaciones o establecimientos destinados a vender las mercaderías en pública subasta, mediante el martillador, funcionario público.

7.- EL SEGURO.- Los seguros de personas especialmente de los comerciantes tienen como nota común de que el riesgo se refiere siempre a la vida humana como un aspecto sentimental o social, sino en un sentido patrimonial, en cuanto la vida en el hombre es condición indispensable para que pueda producir y crear valores económicos. Solo el hombre vivo y sano es un factor de producción para su propio mantenimiento de su familia, de la sociedad en que vive.

EL SEGURO MERCANTIL: Cuando el asegurador es comerciante y el contrato sea prima fija o en otras palabras cuando el asegurador pague una cuota única o constante como precio o retribución del Seguro.

La ley y Documento del Seguro es la Póliza de Seguro, constancia en la que se debe detallar los diversos requisitos que acuerdan los contratantes, los mismos que deben ser lícitos y obligatorios.

Existe el seguro por daños y el seguro sobre la vida, las prestaciones dependen de los daños causados a la mercadería y por la muerte especialmente del comerciante.
Lo característico del Contrato de Seguro es la transmisión de un riesgo mediante el pago de un precio, el asegurador asume sobre su propio patrimonio el riesgo que tenía el asegurado o solicitante.

Los requisitos del contrato de seguro son:

a) Necesariamente debe considerarse por escrito y esto constituye la póliza de seguro;

b) Debe ser BILATERAL, por cuánto intervienen dos personas. El asegurador que se obliga a pagar la indemnización y el asegurado a una obligación pecuniaria, si bien esta prestación está subordinada a un evento incierto como es un siniestro.
c) Es un contrato oneroso, por cuanto el asegurado paga una prima y el asegurador en caso de siniestro debe pagar el valor de la póliza; y,

d) Debe existir la buena fe de los contratantes, para que tenga y surta efectos reales y legales; pues, en otras palabras la ejecución de este contrato está supeditada a la buena fe con la que actúen sus otorgantes.

Los requisitos de la póliza de seguro son:

a) Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio.

b) El concepto en el cual se asegura.

c) Naturaleza del riesgo cubierto.

d) Designación de los objetos asegurados y de su situación.

e) Suma asegurada o alcance de la cobertura es decir lo que asegura. f) Importe de la prima, recargo e intereses. g) Vencimiento de la prima, lugar y forma de pago.

h) Duración del contrato indicando la fecha que comienza y cuando termina, con día, y hora.

i) Nombre del agente o agentes que intervienen en el contrato.

8.- TODO LO CONCERNIENTE A LETRAS DE CAMBIO O PAGARÉS A LA ORDEN, AÚN ENTRE NO COMERCIANTES; LAS REMESAS DE DINERO DE UNA PLAZA A OTRA, HECHAS EN VIRTUD DE UN CONTRATO DE CAMBIO, Y TODO LO CONCERNIENTE A LIBRANZAS ENTRE COMERCIANTES SOLAMENTE, O POR ACTOS DE COMERCIO DE PARTE DEL QUE SUSCRIBE LA LIBRANZA.

Las remesas de dinero consisten en el envío de dinero de un lugar a otro mediante un contrato de cambio o mercantil, la persona a cuyo favor nace el crédito se llama remitente, la persona deudora es el remitido.

Las libranzas, son órdenes de pago escritas para que una persona pague una determinada cantidad de dinero al sujeto a cuyo favor se expide este documento de crédito.

9.- LAS OPERACIONES DE BANCO.- El Derecho Bancario es aquel derecho que regula las relaciones jurídicas entre el banco y los que con él contratan; estas relaciones jurídicas constituyen las Operaciones de Banco. Las Operaciones Bancarias en concreto dan lugar a relaciones contractuales entre la Institución Bancaria y el Cliente, que emana en los tipos de contrato ya conocidos como el depósito, el préstamo, la cuenta corriente, etc.

En las relaciones entre el Banco y el Cliente debe existir una confianza recíproca basada en la buena fe de los contratantes, por ello la costumbre bancaria de aceptar nuevos clientes después de informarse sobre su solvencia y recurriendo a la certificación de los antiguos clientes que atestigüen sobre el nuevo cliente, o lo que se denomina “firmas de Conocimiento”, por esto la Institución Bancaria, tiene la obligación de guardar secreto sobre las operaciones que realicen sus clientes.

CLASIFICACIÓN DE LAS OPERACIONES BANCARIAS.

1.- OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS.- Son aquellas por las cuales el banco

concede crédito a sus clientes. Ejemplo. Apertura de crédito, préstamo, descuentos; y,

2.- OPERACIONES DE CRÉDITO PASIVAS.- Son aquellas que los clientes conceden; crédito a una Institución Bancaria, Ejemplo. Depósitos irregulares, ahorros, custodia.

En estas operaciones los clientes son acreedores de los bancos respecto a los bienes o cosas entregadas, razón por la cual el tipo de interés que se aplica a estas operaciones es más bajo que el que corresponde a las operaciones activas.

De lo expuesto debo manifestar que lo que le caracteriza a los Bancos son las operaciones de crédito; etimológicamente esta palabra viene de CREDERE, que significa tener confianza, creer.

El Código de Comercio ecuatoriano, no realiza una clasificación ni especificación alguna de las actividades bancarias, por lo que se debe considerar a cualquiera de las transacciones o negocios en que una entidad bancaria interviene, ya que como parte principal o accesoria, como son los préstamos, descuentos, giros, endosos, ingresos o retiros de fondos, apertura de cuentas corriente, de ahorro, cobros, emisión y cambio de monedas.

l0: LAS OPERACIONES DE CORREDURÍA: Son las ejecutadas por aquellos agentes llamados corredores que dispensan su mediación a los comerciantes y procura facultarles la conclusión de sus negocios.

11: LAS OPERACIONES DE BOLSA.- Son las transacciones sobre valores mobiliarios que se realizan en los establecimientos oficiales llamados Bolsas de Comercio. Se dividen en dos grandes categorías:

OPERACIONES AL CONTADO.- Esto es, dinero contra título o viceversa; y,

OPERACIONES A PLAZO.- Esto es, aquellas en las que las operaciones recíprocas de los contratantes no deben quedar satisfechas el día del contrato sino del vencimiento, del plazo convenido. Las operaciones de DOBLES, consisten en comprar al contado o a plazo valores al portador, y en la reventa simultánea a plazo y a precio determinado a la misma persona de títulos de una misma especie. En estas operaciones de "doble" la tradición real de los títulos es necesaria para la validez del contrato y su propiedad se transfiere al comprador, quien queda obligado a devolver otros tantos de misma especie, salvo cuando se haya hecho contra la numeración de los títulos en póliza de contrato, en cuyo caso la propiedad y riesgo de los títulos sigue siendo de por y por cuenta del vendedor-comprador a plazo fijo.

12.- LAS OPERACIONES DE CONSTRUCCIÓN Y CARENA DE NAVES, Y LA COMPRA O VENTA DE NAVES O DE APAREJOS Y VITUALLAS: Comprenden todas las acciones para construir las naves, entendiéndose por nave todo buque destinado a traficar por el mar de un puerto a otro del país o del extranjero con mercadería y personas.

Buque, en cambio, es cualquier embarcación empleada para el transporte de mercancía y personas por el mar; por carena se comprende la reparación de las naves; por aparejos a todos los objetos fijos o sueltos de la nave que le son indispensables para su servicio de navegación; y, por vituallas, las provisiones de boca.

13: LAS ASOCIACIONES DE ARMADORES.- Llamase armador la persona que sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, persigue las utilidades y soporta todos los riesgos que le afecten, la asociación de ellos es mercantil.

Conociendo por asociación, la relación que une a los hombres que persiguen ganancias para distribuirlas entre los socios, en el presente caso de los armadores, asociación que necesariamente tiene que ser jurídica, es decir con sus estatutos aprobados por el Poder Ejecutivo.

14.- LAS EXPEDICIONES, TRANSPORTES, DEPÓSITOS O CONSIGNACIONES MARÍTIMAS: La expedición en Derecho Mercantil es el envió, o remisión de mercaderías o productos.

15.- LOS FLETAMENTOS, PRÉSTAMOS A LA GRUESA Y MÁS CONTRATOS CONCERNIENTES AL COMERCIO MARÍTIMO: El fletamento es el contrato por excelencia marítimo y consiste en el transporte de mercaderías; es el arrendamiento de

la totalidad o parte de la nave para llevar pasajeros o carga o en otras palabras es el contrato de alquiler de una nave mediante el contrato de fletamento.

Ningún otro contrato del Derecho Marítimo es el más importante que el del Fletamento ya que este derecho se ha fundado en torno al transporte por el mar; los demás contratos marítimos son accesorios o complementarios al de Fletamento; sin el transporte de las mercaderías no se concibe la venta marítima.

EL PRÉSTAMO A LA GRUESA.- Es la Institución del Derecho Marítimo de viejo abolengo, pues su origen es remotísimo, practicado ya por los griegos, es más tarde objeto de regulación del Derecho Romano, consiste en que uno de los contratantes proporciona dinero sobre las cosas que están expuestas al riesgo marítimo a condición de que si las cosas perecen o se deterioran, la persona que dio en préstamo el capital lo pierde cuando perece la mercadería y cuando se deterioran solo pierde la cantidad equivalente a este deterioro; pero si llegan las mercaderías intactas a su destino, el que prestó el capital cobra éste, más una prima que es convenida con anticipación entre los contratantes.

16.- LOS HECHOS QUE PRODUCEN OBLIGACIÓN EN LOS CASOS DE AVERÍAS, NAUFRAGIOS Y SALVAMENTO.- AVERÍA, viene de AWAR, daño, significa en lenguaje corriente daño material sufrido por una cosa, pero en el derecho marítimo el significado de avería es más amplio y no sólo comprende los daños materiales sino los gastos extraordinarios ocurridos durante la navegación.

La avería viene a ser sinónimo de daño en el comercio marítimo; por tanto son los daños que sobrevienen al buque o a la mercadería durante el viaje hasta la llegada a su destino, daños por los cuales hay que realizar gastos extraordinarios como se manifestó anteriormente a favor del buque y del cargamento o de ambas cosas juntas.

NAUFRAGIO: Es el hundimiento o pérdida de una embarcación, ya acontezca de propósito o se deba a una casualidad o fallas de la misma nave.

SALVAMENTO.- Es el rescate de náufragos, de mercadería o de personas que se encuentran en difícil situación.

El Art. 4 del Código de Comercio. "***Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por más de diez años***"[58].

La costumbre en materia mercantil tiene una gran importancia, ya que esta es una fuente antigua del Derecho Mercantil que consiste en la repetición de ciertos actos, de manera espontánea y natural, que por su práctica constante adquiere fuerza de Ley; y, además puede servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas de comercio para interpretar los actos o convenios mercantiles.

[58] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 4

Para que las costumbres adquieran la importancia antes mencionada necesariamente los hechos tienen que ser ejecutados en forma permanente y por lo menos diez años.

Las costumbres mercantiles; "***Se presenta en el origen de todas las legislaciones, precédelas como precede la palabra hablada a la palabra escrita. Son como suele decirse el derecho en un estado cartilaginoso, en vía de osificarse en las leyes escritas***"[59].

Esta importancia de la costumbre ha sido especialmente notoria en la formación del Derecho Mercantil en todos los pueblos.

COSTUMBRES Y USOS

Se ha discutido grandemente sobre la distinción de costumbres y usos, pero se puede decir que la costumbre es un uso con fuerza jurídica y los usos simplemente un hábito.

Actualmente existe una fuerte tendencia en el Ecuador a considerar a estos términos como sinónimos por lo que se les emplea indistintamente.

CLASIFICACIÓN DE LA COSTUMBRE POR SU EXTENSIÓN

a) LOCAL.- Es la que se observa en una ciudad como Riobamba.

[59] MIRANDA ASTUDILLO, Luis: Derecho Mercantil y Breves comentarios al Código de Comercio Ecuatoriano, Riobamba – Ecuador, 2011, p. 59

b) NACIONAL.- La que rige a una nación determinada como la nación Ecuatoriana; y,

c) INTERNACIONAL: La que se practica en el ámbito mundial es decir en los demás países del globo.

El Art. 5 del Código del Comercio Ecuatoriano señala "***En los casos que no estén especialmente resueltos por este código se aplicarán las disposiciones del Código Civil***"[60].

En el Art. 4 se trata del silencio de la Ley, es decir, del Código de Comercio, de sus leyes complementarias y del Código Civil, en cambio, la relación del Art. 5, expresa que se aplicarán las disposiciones del Código Civil, en los casos que no estén resueltos en este Código, lo que es lo mismo que decir en el Código de Comercio. Colocado el problema en estos términos, su solución es simple y sencilla: la primera fuente a aplicarse es el Código de Comercio y sus leyes complementarias; y si en este Código y sus leyes complementarias el caso no estuviese resuelto, se aplicará como segunda fuente el Código Civil, y por fin, si todas estas leyes guardan silencio, como tercera fuente adquiere vigencia la costumbre mercantil.

Cuando el Código de Comercio llama expresamente al Código Civil para complementar sus normas, lo hace con la finalidad de que no queden vacíos en el Derecho Mercantil y que todas las actividades comerciales estén reguladas por disposiciones emanadas del Derecho y de la Ley; pero, cabe indicar que las leyes civiles al operar en el campo

[60] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 5

mercantil no se convierten en leyes mercantiles sino que siguen siendo leyes civiles por ejemplo. Los Artículos 10 y 166 del Código de Comercio Ecuatoriano.

El Art. 6 del Código de Comercio Ecuatoriano expresa: "***Toda persona que, según las disposiciones del Código Civil, tiene capacidad para contratar, la tienen igual para ejercer el comercio***"[61].

Además de la norma contenida en el presente artículo, será indispensable para tener capacidad para contratar, que los comerciantes se afilien a una de las Cámaras de Comercio

El comerciante o empresario mercantil individual es el sujeto del Derecho Mercantil, ya que este derecho nació vinculado al comercio y a los comerciantes, pero en la actualidad ha ido ampliando su campo de aplicación a otros ámbitos de la sociedad, tal es el caso que las normas mercantiles son aplicables a otros sectores de la actividad económica tales como la industria o al sector de los servicios.

Nuestro Código de Comercio con criterio riguroso considera comerciante a toda persona que ejerce comercio, desde los grandes banqueros hasta los vendedores ambulantes.
La capacidad legal para que un ecuatoriano pueda ejercer el comercio es de acuerdo a la capacidad que indica nuestro Código Civil: Ser mayor de dieciocho años, no estar sujeto a la patria potestad del padre o de la madre y tener la libre disposición de sus bienes.

[61] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 6

Pero, hay que indicar que en nuestro medio, a pesar de esta disposición que es general, puede ejercer el comercio los menores púberes emancipados, es decir los menores varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce años que se dediquen habitualmente a la actividad comercial, cumpliendo ciertos requisitos legales.

> El Art. 7 del Código de Comercio indica: "***Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior no pueden comerciar:***
> ***1°: Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos;***
> ***2°: Los funcionarios públicos a quienes está prohibido ejercer el comercio por el Art. 266 del Código Penal, salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo; y***
> ***3°: Los quebrados que no haya obtenido rehabilitación***"[62].

Art. 8 del Código de Comercio Ecuatoriano. "***Las personas que por las leyes comunes no tiene capacidad para contratar, tampoco la tienen para ejecutar actos de comercio, salvo las modificaciones que establecen los artículos siguientes***"[63].

No pueden ejercer el comercio, personas que por la influencia de carácter religioso que tienen pueden aprovecharse para obtener mayores ganancias de sus seguidores, lo que es más por las finalidades que persiguen estas organizaciones religiosas, existe incompatibilidad para el desempeño de la actividad mercantil, ya por el voto de pobreza que hacen, no pueden obtener de sus transacciones mercantiles lucro y grandes ganancias que es el fin primordial del ejercicio del comercio.

Tampoco es aplicable esta disposición a los que pusieren sus fondos, en acciones de Banco o de cualquier Empresa o Compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo o intervención directa, administrativa o económica, ni a los que dan mutuo los capitales

[62] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 7
[63] IBÍDEM, Art. 8

Les está prohibido ejercer el comercio a ciertos funcionarios, por cuánto por las funciones que desempeñan serían únicamente ellos los beneficiados lo que más abusando de las jerarquías que ocupan, causarían grandes perjuicios económicos al Fisco.

En caso, de no acatar estas disposiciones legales estas personas serán sancionadas con el decomiso de las mercaderías con las cuales han estado ejerciendo este comercio ilícito, por cuanto es contrario a la ley.

Los quebrados son los comerciantes que han cesado en el pago de sus obligaciones mercantiles, por quiebra o insolvencia declarada a petición de ellos o de sus acreedores, que no hayan sido rehabilitados o sea que no han pagado sus obligaciones o deudas por las que se produjo el estado de quiebra.

> Art. 9 del Código de Comercio Ecuatoriano "***El Menor emancipado de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio, y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador, bien interviniendo personalmente en el acto, o por escritura pública, que se registrará previamente en la oficina de inscripciones del domicilio del menor y se publicará por la imprenta. Se presuma que el menor tiene esta autorización cuando ejerce públicamente el comercio, aunque no se hubiere otorgado escritura, mientras no haya reclamación o protesta de su curador, puesta de antemano en conocimiento del público o del que contratare con el menor.***"[64]

Esta disposición se refiere a un tipo de capacidad de ejercer el comercio del menor emancipado, esto se refiere a la potestad que tiene un menor a de su libertad e independencia de desencadenar sus propios efectos jurídicos, de acuerdo a lo permitido en la ley, refiriéndose en si a la capacidad legal del individuo para dictarse a sus negocios, siendo éste un elemento básico del derecho privado que significa la voluntad

[64] CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013, Art. 9

de ejercer el comercio, acorde a su libre voluntad. Esto le da un lugar preponderante al principio de la autonomía de la voluntad, sin embargo, este principio se respete en mayor medida en el campo de las relaciones de tipo económico y se restringe en las relaciones no pecuniarias, es decir, en el campo de los derechos de la personalidad, el llamado patrimonio moral.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente tesis será elaborada a través de un estudio estricto de la legislación ecuatoriana en materia Civil, respecto de la Libertad de contratación, de la venta de las cosas que no estén en el comercio humano que por expresa voluntad de los contratantes tenga a bien considerar como enajenación con objeto ilícito, consecuentemente abordare el tema de la expresión de voluntad de los contratantes.

La investigación la realizare en base a la problemática jurídico-social planteada que sobre la situación de los contratantes y de la voluntad que ellos expresan en el contrato a fin de garantizar que todo contrato celebrado con los requisitos establecidos por la ley se constituye en ley para las partes**.**

En el proceso de investigación socio- jurídico se aplicara el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada. La concreción del método científico hipotético – deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio – jurídica propuesta: pues partiendo de la hipótesis y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de la hipótesis, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar, en el presente caso nos proponemos

llevar a cabo una investigación jurídica – social que se concreta en una investigación de derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, esto es, relativa al efecto social que cumple la norma o la carencia de esta en determinadas relaciones sociales, entre otros métodos que detallamos a continuación:

Método Empírico: Este modelo se utilizó al principio de la investigación a través de la observación directa para podernos empapar sobre el problema del tema a investigar.

Método Inductivo-Deductivo: Cuyos procedimientos son la observación, el análisis y las síntesis, estos métodos llamados lógicos fueron aplicados en la descripción y definición del objeto de estudio de la investigación, permitiéndonos una adecuada elaboración de este trabajo.

Método Estadístico: Este método se utilizó en la tabulación de datos, con los resultados de las encuestas realizadas.

Realizare un estudio minucioso de los diferentes contratos celebrados en los que las partes libremente hubieren acordado establecer la prohibición voluntaria de enajenar sobre determinado bien inmueble para así tener un sustento real y jurídico de la libertad de contratación y de la voluntad de las partes expresadas en el contrato**.**

Serán los Procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requiere la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio Teórico como el

fichaje Bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. El Estudio de casos reforzara la búsqueda de la verdad objetiva de la Problemática. La investigación de campo se concentrara a consultas de opinión a personas conocedoras de la Problemática, previo muestra poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y seis personas para la entrevistas; en ambas técnicas se plantearan cuestionarios derivados de la hipótesis general, cuya operativizacion partirá de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentaran en tablas, barras o centro gramas y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y para poder finalmente llegar a Conclusiones y Recomendaciones.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta

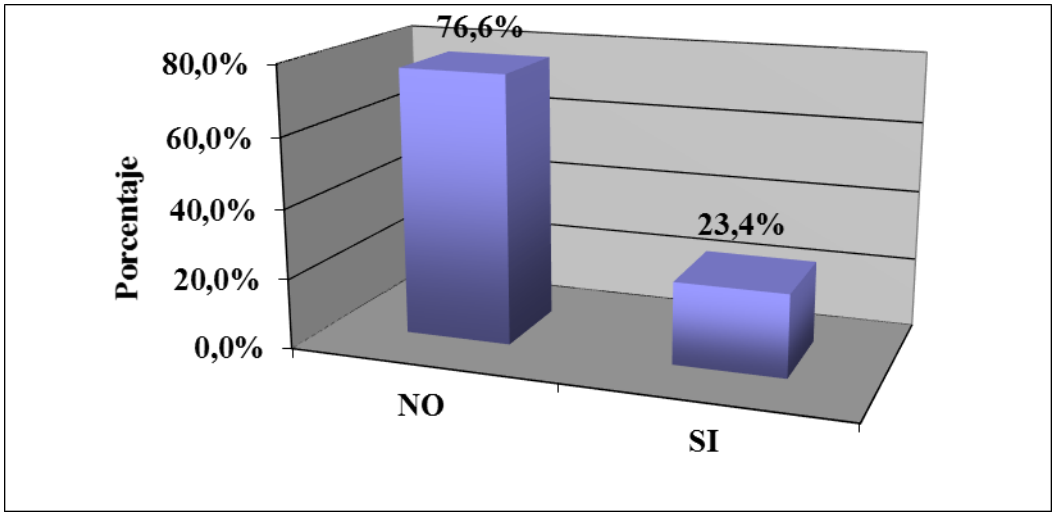
PRIMERA PREGUNTA. ¿Estima usted que está regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	23	76.6 %
SI	7	23.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

Sobre la primera interrogante, de un universo de treinta encuestados, veinte y tres que equivale el 76.6% indicaron que no está regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes. En cambio siete que corresponde el 23.4% consideraron que si está regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes

ANÁLISIS

De los 30 encuestados 23 personas que constituye un 76.7 % responden en forma negativa a la pregunta, argumentando que no se encuentra regulado la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes; es decir afirma que este tipo de contrato no se encuentra establecido en nuestra legislación, lo que lo que implica la necesidad de regular este tipo de acuerdo entre las partes. Mientras que siete personas que representan el 23. 4 % se pronuncian en forma positiva, considerando que si está regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lo que implica la falta del conocimiento del tema preguntado. De acuerdo al porcentaje de personas encuestadas se demuestra que la mayoría conocen del tema investigado, lo cual es importante para poder obtener una mejor información plena y veraz de la investigación planteada, es decir que los profesionales en libre ejercicio profesional quienes fueron encuestados conocen plenamente las normas que contiene el Código Civil respecto de venta de cosas que no están en el comercio humano.

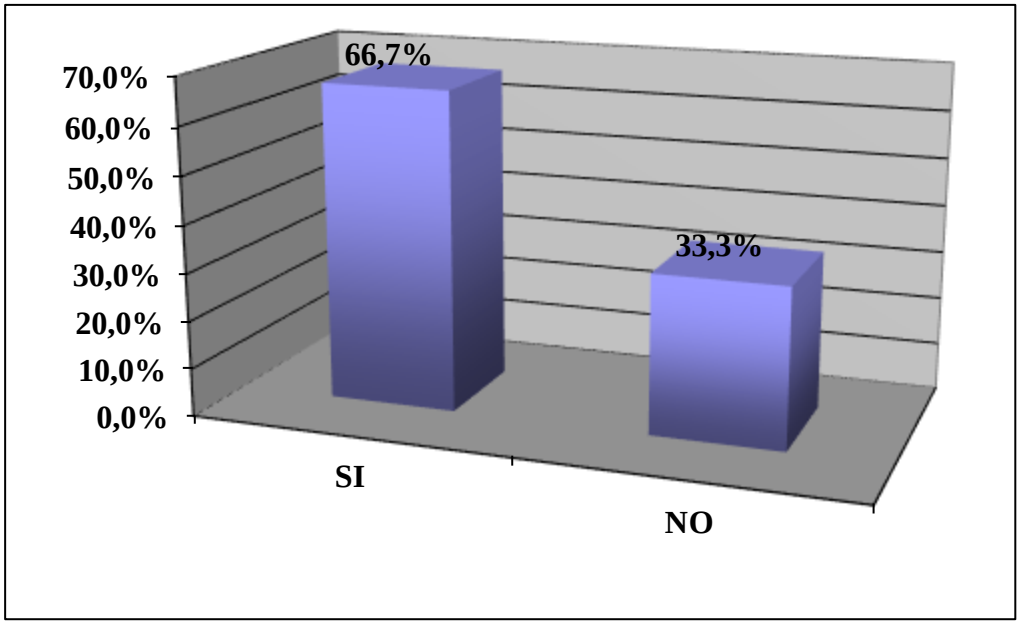
SEGUNDA PREGUNTA. ¿Usted está de acuerdo en que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito?

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	10	33.3 %
SI	20	66.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN.

En esta representación se observa que, diez encuestados que equivale el 33.3% señalaron no estar de acuerdo que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes,

como enajenación con objeto ilícito. En cambio los veinte encuestados que corresponde el 66,7% opinan si estar de acuerdo que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito

ANÁLISIS.

De los encuestados en un 66.7 % es decir 20 personas de la muestra de 30, responden en forma positiva a la pregunta; manifestando que si de acuerdo que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, argumentando en su mayoría las respuestas según las encuestas que es necesario respetar la voluntad de los contratantes, por cuanto al no respetarse su voluntad se atentaría el derecho a la seguridad jurídica, ahora bien la necesidad de establecer la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, es garantizar que lo que pactaron las partes libre y voluntariamente se cumplan, como es el caso de la prohibición voluntaria de enajenar; el otro 33.3 % se expresaron en forma negativa diciendo que no están de acuerdo que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, aduciendo en su gran mayoría que nuestro Código Civil ya establece esta normativa en su Art.1480; sin embargo de la lectura y análisis que se le realiza a la referida disposición legal, podemos denotar claramente que no se encuentra establecida

la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

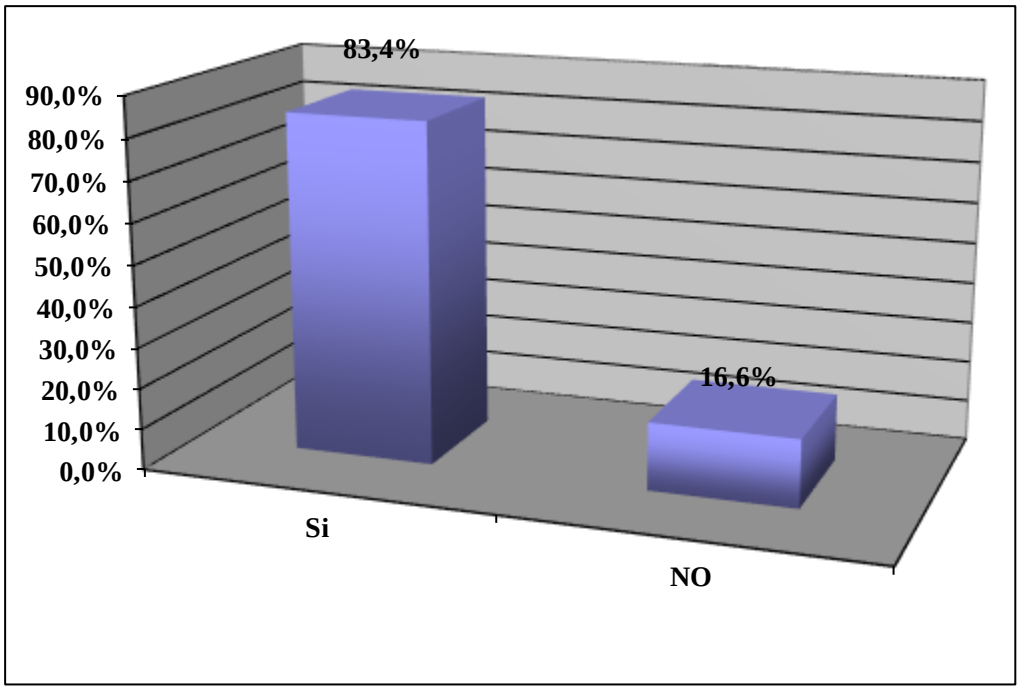
TERCERA PREGUNTA. ¿Cree usted que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN.

En cuanto a esta pregunta cinco personas que engloba el 16.6% opinaron no estar de acuerdo que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación. En cambio veinticinco personas que encierra el 83.4% estimaron que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación

ANÁLISIS.

De los encuestados en un 83.4% es decir 25 personas de la muestra de 30, responden en forma positiva a la pregunta; y, los mismos consideran que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación, argumentando en sus respuestas que al establecer dos o más personas con capacidad y libre y voluntariamente mediante un contrato del que fuere su naturaleza, la necesidad de limitar la venta de una cosa, ésta voluntad se debe cumplir por ello en razón de que se consideraría como una limitante del dominio y una garantía para los contratantes; en cambio el 16.6 % se expresaron en forma negativa señalando que no estaban de acuerdo que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesione el derecho a la libertad de contratación; por cuanto han tenido la libertad de celebrar el contrato; sin embargo a estos criterios muy respetado por cierto, es preciso destacar o precisar que la libre

contratación o libertad de contratación es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar entre los sujetos) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato.

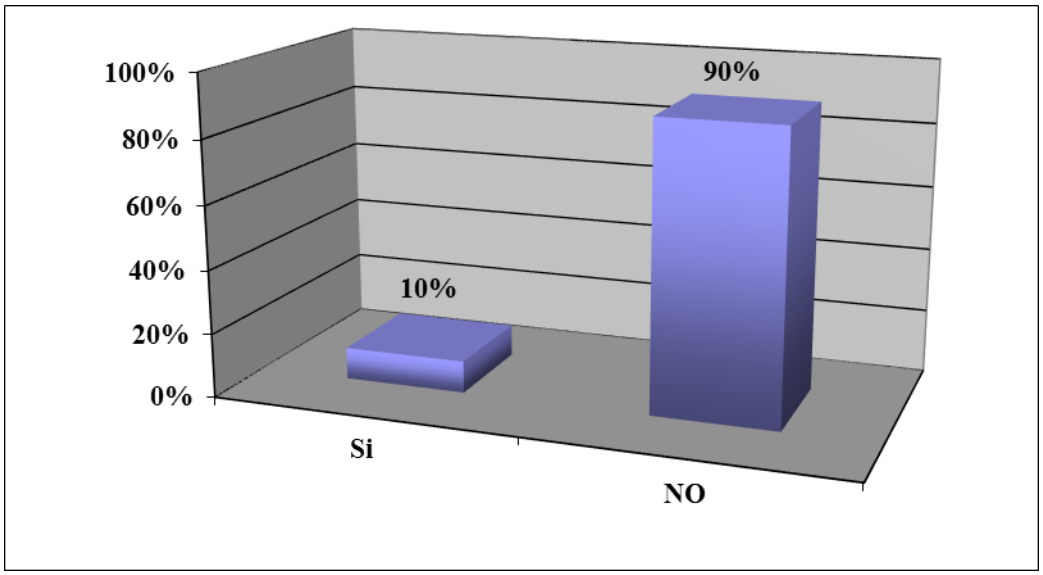
CUARTA PREGUNTA. ¿Cree usted que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, respeta la autonomía de la voluntad de las personas?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	10 %
NO	27	90 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN.

En cuanto a esta pregunta, tres personas que encierra el 10% manifestaron que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, respeta la autonomía de la voluntad de las personas. En cambio veintisiete personas que engloba el 90% expresaron que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, no respeta la autonomía de la voluntad de las personas

ANÁLISIS.

De los encuestados en un 90% es decir 27 personas de la muestra de 30, responden en forma positiva a la pregunta; y, los mismos razonan en el sentido que a venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, no respeta la autonomía de la voluntad de las personas, esto porque es impuesta y no ha sido consultada a la persona; sin embargo esta medida tiene su razón por cuanto al celebrar un contrato se establecen tanto derechos como obligaciones, y en muchos de los casos el Juez manda a que se cumplan con las obligaciones haciendo efectivos garantías que mantiene el acreedor para este efecto, tales como la prohibición de enajenar, el embargo etc., en cambio el 1% se expresaron en forma negativa señalando que la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, respeta la autonomía de la voluntad de las personas, y en esa respuesta comparto; ya que al celebrar un contrato voluntariamente uno se somete a los derechos y

obligaciones en él establecidas y el Juzgador lo que hace es ejecutar las obligaciones establecidas.

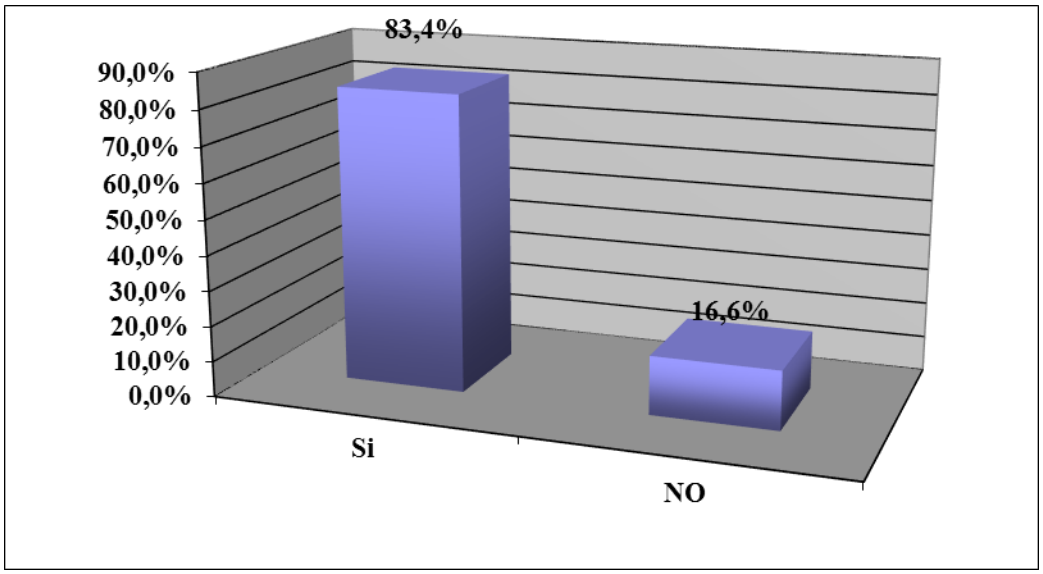
QUINTA PREGUNTA. ¿Consiente usted que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor, si no se la considera como venta con objeto ilícito?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN.

En la última pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.4% opinaron que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor. En cambio cinco personas que corresponde el 16.6% no están de acuerdo que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor.

ANÁLISIS.

De los encuestados en un 83.4% es decir 25 personas de la muestra de 30, responden en forma positiva a la pregunta; y, los mismos consideran que la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor si no se la considera como venta con objeto ilícito, al respecto me permito puntualizar que efectivamente vulneraria el derecho del acreedor, por ejemplo: El Banco Nacional de Fomento, al otorgar préstamos hasta por un monto máximo de cinco mil dólares americanos, dentro de los requisitos le solicita al prestamista que realice una prohibición voluntaria de enajenar se su bien inmueble; y, este para acceder al préstamo lo hace; sin embargo para nuestra legislación Civil, él prestamista puede tranquilamente a ese bien inmueble que le puso prohibición voluntaria de enajenar, venderlo a una

tercera persona y la venta se considera valida es decir no es causas de nulidad; y, el acreedor no tendría la posibilidad de exigir el cumplimiento o pago del préstamo otorgado; por cuanto no cuenta con el bien inmueble para obligar al pago al prestamista, lo único que podría realizar en este caso el Banco Nacional de Fomento es proponer una acción de daños y perjuicios, causados debiendo probar los mismos, caso contrario ni siquiera a ello tendría derecho; mientras que el 16.6 % se expresaron en forma negativa señalando que la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente, el del acreedor si no se la considera como venta con objeto ilícito, ahora bien por el modesto análisis y ejemplo realizado podemos evidenciar que si se vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor.

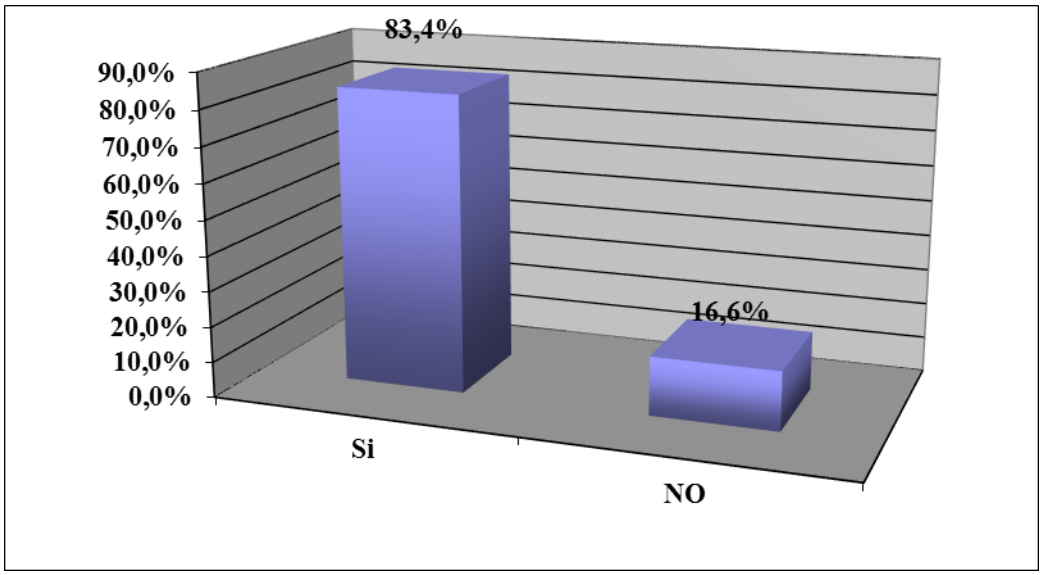
SEXTA PREGUNTA. ¿Consiente usted que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito?

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	5	16.6 %
SI	25	83.4 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
No ENCUESTADOS: 30
Autor: José Julián Porres Gonzaga

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN.

En la última pregunta veinticinco encuestados que equivale el 83.4% opinaron que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito. En cambio cinco personas que corresponde el 16.6% no están de acuerdo que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

ANÁLISIS.

De los encuestados en un 83.4% es decir 25 personas de la muestra de 30, responden en forma positiva a la pregunta; y, los mismos consideran que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, en su gran mayoría de acuerdo a la respuestas de las encuestas realizadas pude evidenciar que están de acuerdo por que expresan que de lo contrario no se respetaría la naturaleza del contrato a celebrarse, ni el acuerdo principal realizado en el contrato; y, se lesione los derechos del acreedor, en razón de que no se respetaría parte del objeto del contrato y su derecho a garantizar la obligación, ni el acuerdo principal de los contratantes; mientras que el 16.6 % se expresaron en forma negativa señalando que no debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con

objeto ilícito; puesto que en su gran mayoría afirma que ya se encuentra establecido en el Codigo Civil, ante ello me permitiré expresar que como hemos podido evidenciar en el Art.1480 del Codigo Civil; en la referida disposición legal, claramente podemos denotar que no se encuentra establecida la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito. En su gran mayoría de los profesionales en derecho, sostiene que es de vital importancia la reforma al Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, lo que implica la procedencia del tema propuesta.

6.2. Estudio de casos

Caso 1.

1.- Datos Generales:

Juicio Nro. 710-2009

Actor: Luz Silva González

Demandado: José Ludeña Íñiguez y otros

Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de Quito

2.- Versión del caso: La Actora Luz Marina Silva González, en el juicio ordinario de nulidad de contrato propuesto contra Blanca Guillermina Maldonado Vásquez y otros, deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 14 de abril del 2009, las 09hl8.- (fojas 17 a 18 vuelta del cuaderno de segunda instancia), que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia venida en grado que desechó la demanda por falta de prueba.- El recurso se encuentra en estado de resolución, para hacerlo, se considera: PRIMERO. Esta Sala es competente para conocer y resolver la presente causa en virtud de las normas señaladas en la parte expositiva del presente fallo y el Art. 190, numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.- El recurso de casación ha sido calificado y admitido a trámite por la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 17 de noviembre de 2009, las 15h35.- SEGUNDO. En virtud del principio dispositivo contemplado en el Art. 168,

numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, desarrollado en el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, son los recurrentes quienes fijan los límites del análisis y decisión del Tribunal de Casación.- TERCERO.- La peticionaria considera infringidas las siguientes normas de derecho: Artículos 1478, 1480, 1482, 1485, 1561, 1571, 1697, 1698, 1905 y 2317 del Código Civil; Artículos 76, numeral 7 literal I) y 66, numeral 16 de la Constitución de la. República del Ecuador.- La causal en la que funda el recurso es la primera del artículo 3 de la Ley de Casación.- CUARTO.- Por principio de supremacía, establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador, corresponde analizar en primer lugar las impugnaciones por inconstitucionalidad, pero se lo hará en el marco de la causal primera, como han sido presentadas.- La causal primera se refiere a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. En el recurso de casación por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación no cabe consideración en cuanto a los hechos ni hay lugar a ninguna clase de análisis probatorio, pues se parte de la base de la correcta estimación de ambos por el Tribunal de instancia. Cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados ya sea por la parte actora, ya sea por la parte demandada, en la demanda y en la contestación; luego de reducir los hechos a los tipos jurídicos conducentes, busca una norma o normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. A esta operación se llama en la doctrina subsunción del hecho en la norma. Una norma sustancial o material, estructuralmente, tiene dos partes: la primera un supuesto, y la segunda una consecuencia. Muchas veces una norma no contiene esas

dos partes sino que se complementa con una o más normas, con las cuales forma una proposición completa. La subsunción no es sino el encadenamiento lógico de una situación fáctica específica, concreta en la previsión abstracta, genérica o hipotética contenida en la norma. El vicio de juzgamiento o in indicando contemplado en la causal primera, se da en tres casos: 1) Cuando el juzgador deja de aplicar al caso controvertido normas sustanciales que ha debido aplicar, y que de haberlo hecho, habrían determinado que la decisión en la sentencia sea distinta a la escogida. 2) Cuando el juzgador entiende rectamente la norma pero la aplica a un supuesto fáctico diferente del hipotético contemplado en ella. Incurre de esta manera en un error consistente en la equivocada relación del precepto con el caso controvertido. 3) Cuando el juzgador incurre en un yerro de hermenéutica al interpretar la norma, atribuyéndole un sentido y alcance que no tiene.- 4.1.- La recurrente acusa la falta de aplicación de los artículos 66 numeral 16; y, 76 numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador. Y, la aplicación indebida de los artículos 1478, 1571, 1697, 1698, 1905, 2317 del Código Civil. Explica que la compareciente con su "esposo" son propietarios de un inmueble ubicado en las calles Rocafuerte y Avenida Universitaria de la ciudad de Loja; que posteriormente se procedió a la disolución de la sociedad conyugal, y su cónyuge procedió a vender el cincuenta -por ciento del inmueble a su hermana Blanca Guillermina Maldonado Vásquez, mediante escritura pública inscrita; que sin embargo, el inmueble materia de la compraventa soportaba una hipoteca y prohibición de enajenar a favor del Banco de Loja, en consecuencia el inmueble se encontraba fuera del comercio; que al haberse vendido este bien la venta adolece de objeto ilícito, lo que acarrea la nulidad absoluta del contrato de compraventa. Que la Sala de lo Civil y Mercantil ad quem desecha su

demanda fundándose únicamente en la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia publicada en el R.O. 666 de 19 de septiembre del 2002, en el juicio N° 319- 2001; en el fallo se transcribe íntegramente una parte del considerando quinto de la sentencia de la referencia, en donde se consignan un sinnúmero de normas sustantivas como las contenidas en los artículos 1571, 1480, 1905 y 2317 del Código Civil. Que el Art. 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza la libertad de contratación, misma que también contemplaba el Art. 23, numeral 18 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y en base a este derecho las partes intervinieron en el contrato de hipoteca y decidieron establecer prohibición de enajenar; y, que todo contrato legalmente celebrado es Ley para las partes pues así lo dispone el Art. 1561 del Código Civil. Que la sentencia recurrida no cumple con el requisito de motivación porque enuncia normas de carácter sustantivo pero nunca se explica la pertinencia de la aplicación al caso que nos ocupa, por cuanto esas normas son citadas en un fallo de la Corte Suprema, por lo que al no tener motivación, carece de eficacia jurídica por así disponerlo el Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador. Que en lo que tiene que ver a la indebida aplicación del Art. 1905 del Código Civil, se traduce -dice- en que esta norma se refiere exclusivamente al pacto de no enajenación de la cosa arrendada, por lo tanto esta norma no es aplicable al caso que nos ocupa; por otro lado, se ha aplicado indebidamente el Art. 1571 del Código Civil, pues no se puede considerar que la prohibición voluntaria de enajenar es una obligación de no hacer sino que se trata de una prohibición legal que las partes han acordado en un contrato, lo cual es ley para los mismos, que tiene efectos jurídicos de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 8

del Código Civil; que si bien es cierto que las obligaciones de no hacer llevan implícito la obligación de indemnizar cuando se ha incumplido la misma pero únicamente cuando no se puede deshacer lo hecho. Que existe falta de aplicación del Art. 1561 del Código Civil que dispone que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes, en consecuencia si las partes acordaron una prohibición de enajenar y lo sacaron del mercado dejó de estar en el comercio humano y en el evento de que se lo enajene estando vigente dicho contrato inscrito y protocolizado, se ha vendido una cosa que no está en el mercado y la única consecuencia es su nulidad por mandato expreso del Art. 1480 del Código Civil.- 4.2.- Respecto de la falta de aplicación del Art. 66, numeral 16 de la Constitución, que reconoce y garantiza a las personas el derecho a la libertad de contratación, la recurrente no demuestra de qué manera se le ha impedido el ejercicio de este derecho, indicando circunstanciadamente cómo se le impidió contratar. Y, sobre la falta de aplicación del Art. 76, numeral 7 literal I) de la Constitución de la República del Ecuador, que se refiere a la garantía que tienen las personas de que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas, la Sala considera que la impugnación por falta de motivación obliga a la revisión de la estructura formal de la sentencia, pero no permite hacer una revisión general del proceso, ni cuestionar la fijación de hechos, valoración probatoria y criterios de juzgamiento, porque esas son atribuciones privativas de los juzgadores de instancia. En el caso, la sentencia impugnada tiene partes expositiva, considerativa y resolutiva, está dividida en nueve considerandos y resolución, en su texto se enuncian normas y principios jurídicos en que se funda y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, por lo que es una resolución motivada.- 4.3.- La argumentación sobre la que gira toda la impugnación del recurso de casación es

la de que existiendo una prohibición voluntaria de enajenar el inmueble se encuentra fuera del comercio y su venta es nula absolutamente por objeto ilícito, de acuerdo al Art. 1480, numeral 1 del Código Civil. La forma cómo resuelve esta cuestión el Tribunal ad quem'es la de que la prohibición de enajenar privada es una obligación de no hacer, que ante su incumplimiento la consecuencia es la indemnización de perjuicios, como lo dispone el Art. 1571 del Código Civil. En el considerando noveno del fallo impugnado, el Tribunal ad quem expone una referencia jurisprudencial que motiva su criterio, que dice: "NOVENO. La recurrente sostiene que al haberse realizado dicha compraventa cuando existía una prohibición voluntaria de enajenar, es nula absolutamente por adolecer de objeto ilícito. Al respecto, para determinar si lo anotado es causa de nulidad absoluta del contrato, es necesario referirse a la jurisprudencia que nos enseña: "... Esta prohibición establecida voluntariamente en la promesa de compraventa, no saca al inmueble del comercio sino que, en caso de hacer caso omiso de esa convención, únicamente se estaría ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, que se resuelve en la obligación de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho (artículo 1598- actual 1571- del Código Civil). El pacto que en este sentido se incluya en un contrato de cualquier naturaleza y no es una limitación a la libre transferencia del bien que impida la transferencia de dominio o la constitución de derechos reales sobre el mismo, ya que únicamente el mandato expreso de la ley o la orden del juez sustraen del comercio a los bienes y su enajenación se convierte en objeto ilícito, al tenor de lo que dispone el artículo 1507 - actual 1480- del Código Civil... por lo que excluir los bienes del libre comercio y amortizarlos únicamente se justifica por razones de orden público y en ningún caso por

la voluntad de los contratantes. Nuestro ordenamiento civil ha señalado la ineficacia de estas prohibiciones voluntarias de enajenar en varias disposiciones legales tales como los artículos 1932 -actual 1905 - (relativo al arrendamiento) y 2341 -actual 2317 (relativo a la hipoteca) del Código Civil. Por ello el incumplimiento de esta obligación de no hacer, que constituye la prohibición voluntaria de enajenar un bien, de modo alguno no es causa de nulidad de un negocio jurídico de transferencia de dominio o de constitución de derechos reales sobre el mismo, sino que tan solo se traduce en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el deudor. Como señala Pedro Alvear Icaza (Las prohibiciones judiciales de enajenar y su inscripción en el Registro de la Propiedad de Guayaquil, s/n, p 193) "... nuestra legislación ha considerado que el pacto o convención de no enajenar una cosa mueble o inmueble, no es oponible a terceros, y su transgresión sólo se sanciona con la indemnización de perjuicios, porque se trata del incumplimiento de una obligación, de no hacer, la misma que en ningún momento impide la válida enajenación de los bienes, y si este es el efecto jurídico de dicho pacto, es improcedente su inscripción en el Registro de la Propiedad" (Fallo 1a Sala CSJ, publicado en R.O. 666, 19-IX-2002, p 36 a 40). Por lo anotado, la pretensión de la actora de que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado entre los señores Víctor Humado Maldonado Vásquez y Blanca Guillermina Maldonado Vásquez -fs. 5 y 6, no es procedente, por cuando dicho contrato no adolece de nulidad por la causa alegada".- Este antecedente jurisprudencial que consigna el fallo ad quem, con el que esta Sala de Casación manifiesta su conformidad, concuerda con la norma del Art. 1749 del Código Civil que expresa que "pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por la ley"; de lo que se

desprende que la prohibición de enajenar, para que el bien salga del comercio, debe establecerse por ley mas no por convención privada.

3.- RESOLUCIÓN.- Como bien dice la referencia jurisprudencial, la convención privada de prohibición de enajenar surte efecto de obligación de no hacer, que al no respetarse da derecho a la indemnización de perjuicios.- La Doctrina también concuerda con este criterio y nos enseña que "Cosas no comerciables, o incomerciables, o fuera del comercio humano, como también se las llama, son las que no pueden ser objeto de relaciones jurídicas privadas; a su respecto no puede existir un derecho real ni un derecho personal.-Hay cosas que están sustraídas al comercio jurídico en razón de su naturaleza misma (las cosas inapropiables, como la alta mar) y otras en razón de su destino (como los bienes nacionales de uso público: calles, plazas).- La característica de las cosas incomerciables es la de no poder ser objeto de ningún derecho privado. Si la cosa esta sujeta simplemente a una prohibición de ser enajenada, es comerciable, porque no obstante esa limitación constituye el objeto de un derecho privado. Los derechos personalísimos, como los de uso y habitación, son intransferibles e intrasmisibles, pero están en el patrimonio privado de sus titulares; son, en consecuencia, comerciables, aunque inalienables". (Arturo Alessandri R.; Manuel Somarriva U.; y, Antonio Vodanovic H. Tratado de Derecho Civil, partes preliminar y general. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1998, p 98).- Los vicios que se acusa de falta de aplicación de los artículos 1561, 1480, 1482 y 1485 del Código Civil, y aplicación indebida de los artículos 1478, 1571, 1697, 1698, 1905 y 2317 del mismo Código, tendrían procedencia siempre y cuando la jurisprudencia y la doctrina aceptaran que una prohibición de enajenar privada hace que el bien este fuera del comercio, pero, como hemos visto, eso

no es verdad, por lo que estos vicios no existen en el fallo impugnado. Razones suficientes para no aceptar los cargos.- Con la motivación que antecede, la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA**, no casa la sentencia dictada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 14 de abril del 2009, las 09hl8.- Debido a que no se ha rendido caución, no hay nada que resolver al respecto.- Sin costas.-

4.- COMENTARIO.- La sentencia emitida por la Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en **e**l presente caso explica de manera clara y contundente la procedencia jurídica del tema propuesto, por cuanto si realizamos un análisis de la misma podemos establecer que la recurrente señora Luz Marina Silva González explica que con su "esposo" son propietarios de un inmueble ubicado en las calles Rocafuerte y Avenida Universitaria de la ciudad de Loja, que posteriormente se procedió a la disolución de la sociedad conyugal, y su cónyuge procedió a vender el 50 % del inmueble a su hermana Blanca Guillermina Maldonado Vásquez, mediante escritura pública inscrita; que sin embargo , el inmueble materia de la compraventa soportaba una hipoteca y prohibición de enajenar a favor del Banco de Loja, en consecuencia el inmueble se encontraba fuera del comercio, que al haberse vendido este bien la venta adolece de objeto ilícito, lo que acarrea la nulidad absoluta del contrato de compraventa, sin embargo la Sala de lo Civil y Mercantil ad quem desecha su demanda

y por ello dedujeron el recurso de casación de la sentencia, fundamentando su recurso principalmente en lo establecido en el Art,. 66 numeral 16 de Constitución de la República del Ecuador; y que en base a este derecho las partes intervinieron en la celebración del contrato de hipoteca y decidieron establecer la prohibición de enajenar; y, que todo contrato legalmente celebrado es Ley para las partes pues así lo dispone el Art. 1561 del Codigo Civil; así como también sostiene la indebida aplicación del Art. 1571 del Código Civil, pues no se puede considerar que la prohibición voluntaria de enajenar es una obligación de no hacer sino que se trata de una prohibición legal que las partes han acordado en el contrato, manifiestan que si las partes acordaron una prohibición de enajenar y lo sacaron del mercado dejo de estar en el comercio humano y en el evento de que se enajene estando vigente dicho contrato inscrito y protocolizado, se ha vendido una cosa que no ésta en el mercado y la única consecuencia es su nulidad por mando expreso del Art. 1480 del Codigo Civil . Ahora bien el criterio de la Sala respecto del recurso y de la resolución del caso es que si bien se garantiza el derecho a la libertad de contratación no se estaría violentando este derecho; así mismo establece que existiendo una prohibición de enajenar el inmueble se encuentra fuera del comercio y su venta es nula absolutamente por objeto ilícito de acuerdo al numeral 1 del Art. 1480 del Código Civil, la forma en que considera la sala es que prohibición de enajenar privada es una obligación de no hacer, que ante su incumplimiento la consecuencia es la indemnización de perjuicios, como lo establece el Art. 1571 del Código Civil, según la Sala la prohibición establecida sobre el inmueble voluntariamente no saca al inmueble del comercio sino que, en caso de hacer caso omiso de la convención se estaría ante el incumplimiento de una obligación de no hacer, que conlleva a la indemnización, en

conclusión la Sala sostiene que el pacto que en este sentido se incluya en un contrato de cualquier naturaleza no constituye en una limitación a la libre transferencia del bien que impida la transferencia de dominio o a la constitución de derechos reales sobre el mismo, ya que únicamente el mandato expreso de la ley o la orden del juez sustraen del comercio a los bienes y su enajenación se convierte en objeto ilícito, al tenor de lo dispuesto en el Art. 1480 del Código Civil, es en base a este criterio de la resolución analizada, lo que hace pertinente y procedente el tema de investigación.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Todo trabajo de investigación, a su culminación, debe necesariamente ser evaluado por su propio investigador, a efecto de determinar si se ha dado cumplimiento o no a los propósitos o metas delineadas en el proyecto de investigación. Esa evaluación debe basarse en hechos reales y debe ejecutarse bajo un principio de ética y honestidad. En el presente trabajo se ha realizado una verificación absoluta de los objetivos planteados, para lo cual he tomado como datos de referencia importantes puntos, los cuales constan dentro del desarrollo teórico del trabajo; y, los resultados obtenidos al aplicar las cinco preguntas que estructuraban la encuesta. De tal manera que los objetivos fueron cumplidos y verificados como lo demostraré a continuación.

Para empezar a realizar la verificación de objetivos, empezaré hablando del objetivo general.

Objetivo General:

"***Realizar un estudio jurídico – doctrinario y social, sobre los actos y declaraciones de voluntad que impliquen la enajenación con objeto ilícito consecuentemente la limitación del dominio del bien raíz para proponer las reformas legales a legislación que lo requiera, principalmente al Código Civil***"

Este objetivo general se verifica positivamente por cuanto este propósito se ha cumplido en forma íntegra, determinando a través del estudio analítico crítico que

realicé y que presento en este informe final principalmente al desarrollar los puntos en la revisión de literatura, como al desarrollar el marco conceptual, donde doy a conocer sobre la propiedad y bienes, capacidad e incapacidad, contrato de compraventa, la obligación, interdicción, facultad y voluntad, inconvenientes jurídicos; en el marco doctrinario, realizo un estudio sobre la enajenación del objeto ilícito, sus consecuencias; y los resultados del acopio empírico. Para ello se ha abordado las importantes opiniones doctrinarias existentes al respecto, así como las normas jurídicas en realización a la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, se ha desplegado un importante estudio que comprende la problemática investigada.

Objetivos Específicos.

"Demostrar la importancia jurídica de establecer la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito"

Este objetivo se verifica a través, de las encuestas realizadas, y del estudio del caso presentado lo cual se pudo determinar que es necesario para garantizar el principio que el contrato es ley para las partes; así como también se respete la voluntad de los contratantes respecto de las obligaciones y prohibiciones que se establecen en un contrato, el principio que rige a la autonomía de la voluntad, se ha podido constatar la necesidad de establecer la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes como enajenación con objeto ilícito. Así mismo de

acuerdo al marco doctrinario existe un punto que se refiere a la enajenación del objeto ilícito, donde existen importantes pronunciamientos al respecto.

"*Concretar una propuesta jurídica sobre el cambio que debe hacerse a nuestra legislación para establecer la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito*"

Este objetivo se verificó positivamente, de acuerdo a lo estipulado en la quinta pregunta de la encuesta, una vez confirmada la necesidad de que se proponga un proyecto de reformas jurídicas al Código Civil, es imprescindible que como autor de la presente investigación realicé un planteamiento relacionado a esta reforma encaminado a que se establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes como enajenación con objeto ilícito, como efectivamente lo haré más adelante estructurando proyectos de reformas, verificando así este objetivo de la investigación.

7.2. Contrastación de hipótesis

"La falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, lesiona el derecho a la libertad de contratación, consecuentemente vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor."

Esta hipótesis se contrasta positivamente con los fines de la investigación, a través de la investigación teórica y de campo mediante las encuestas realizadas a los profesionales

del derecho.

Las opiniones de los encuestados con respecto a que se establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes como enajenación con objeto ilícito, son importantes, pues los profesionales aceptan efectivamente existe la necesitad de establecer en nuestro Código Civil concretamente dentro del Art. 1480 la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes como enajenación con objeto ilícito, razón por la que se hace urgente esta reforma.

De esta manera y de acuerdo al estudio doctrinario, al marco jurídico y al estudio de caso de caso podemos determinar que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, lesiona el derecho a la libertad de contratación, consecuentemente vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El Art. 1461 del Código Civil reconoce el principio de la autonomía de la voluntad al establecer los requisitos que debe contener la declaración de voluntad para que se una persona se obligue con otra persona y subsidiariamente se nos indica que "*consientan en*

dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio y que debe recaer sobre objeto licito y causa licita"[65]

La libertad contractual sigue siendo la regla general y su limitación opera como excepción. La pluralidad de personas presupone pluralidad de voluntades. Estas voluntades no deben ser mantenidas en el fuero interno de cada uno, porque entonces no podrían conocerse sino que deben ser expresadas y exteriorizadas.

El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas coincidentes y simultáneas, porque e1 contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, tal como lo establece el Código Civil en su Art. 1461 numeral 2, que dice: "*Los contratos se perfeccionan cuando se consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio*"[66]

El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado, Sin que la referencia al principio de la buena fe atenúe el criterio objetivista. En el área contractual, los contratos son obligatorios en cuanto se halla expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esta coincidencia debe probarla.

[65] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1461
[66] CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013, Art. 1461 numeral 2

La autonomía privada se ejerce a través del negocio jurídico. Generalmente se visualiza al negocio jurídico como un hecho único. Sin embargo, con rigor científico, lo correcto es distinguir entre la acción o actividad que el o los otorgantes realizan, esto es la celebración del acto, por un lado; y el resultado de tal actividad, lo que se ha denominado el contenido del acto, por el otro, el cual, atento al concepto antes expuesto de autonomía privada, consiste en reglas de conducta.

Los límites, antes referidos, a los cuales está sujeta la autonomía privada, vienen instrumentados técnicamente en la ley a través de los requisitos del acto jurídico, impuestos por normas imperativas, a los cuales el Derecho subordina su reconocimiento como acto válido y eficaz. Puede afirmarse que los requisitos de validez limitan el nacimiento del acto jurídico, mientras que los de eficacia limitan la subsistencia de la vinculación contractual.

De conformidad con lo expresado en el párrafo precedente, los requisitos de validez del negocio se bifurcan entre los que hacen a la celebración o realización del acto (tales la capacidad, ausencia de vicios de la voluntad y su exteriorización); y los que se refieren al contenido del negocio (tales, a nuestro juicio, el objeto y la causa). Mientras los requisitos de celebración juegan de igual modo en todo el ámbito del Derecho privado, los de contenido están impuestos por normas imperativas en el ámbito del Derecho de familia (si es que aquí cabe hablar de autonomía privada) sucesiones, en que existe obligatoriedad de tipos, y por normas supletorias en el ámbito del Derecho de

obligaciones, en que existe libertad de tipos, pese a la existencia de límites generales y particulares de cada contrato.

8. CONCLUSIONES

Las conclusiones extraídas son válidas. Mi propósito ha sido mostrar que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito, lesiona el derecho a la libertad de contratación, consecuentemente vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor; lo que perjudicaría enormemente la seguridad de los contratos que establezcan la prohibición de enajenar de determinado bien inmueble. Espero con esta investigación poder contribuir a poner de manifiesto lo que establece nuestra legislación respecto de este tema y del criterio que se mantienen por parte de nuestros jueces sobre la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

Una vez realizado el análisis pormenorizado y minucioso de todo el contenido de mí trabajo de investigación, pongo a vuestra consideración las siguientes conclusiones:

PRIMERA: No se encuentra regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, esto puede comprobarse de la revisión del Art. 1480 del Codigo Civil, donde puntualiza las enajenaciones con objeto ilícito.

SEGUNDA: Considerando los resultados de las encuestas aplicadas a los abogados en libre ejercicio profesional, se determina que la falta de tipificación de la venta de cosas

que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación.

TERCERA: De acuerdo marco doctrinario se puedo establecer que la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes por la Ley, respeta la autonomía de la voluntad de las personas.

CUARTA: Con fundamento en los resultados de las encuestas aplicadas a los abogados en libre ejercicio profesional y del análisis de casos se pudo establecer que la no regulación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor.

QUINTA: De los resultados obtenidos de la investigación de campo y de la abundante bibliografía se concluye que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

9. RECOMENDACIONES.

Por los datos e informes estadísticos obtenidos en las diferentes encuestas, las mismas que han sido analizadas y detalladas en su debida forma; así como también por el estudio de casos me permito sugerir a las diferentes instituciones financieras y públicas competentes involucradas en este campo; así como también a toda persona natural o jurídica, que tomen medidas necesarias por la falta de regulación de la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes. Considerando que también estoy en la obligación de contribuir con mí esfuerzo a la solución de este inconveniente jurídico que acarrea problemas sociales; y, a la vez que expreso mi satisfacción porque este trabajo lo he cumplido satisfactoriamente en su totalidad, es por eso que me permito plantear las siguientes recomendaciones:

PRIMERA: Sugiero la necesidad social, jurídica y económica de regular la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes en nuestra legislación Civil, en razón de que lesiona el derecho a la libertad de contratación y no se respeta la autonomía de la voluntad de las personas.

SEGUNDA: Que la Asamblea Nacional realice una reforma a nuestro Código Civil, estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito.

TERCERA: Efectuar una campaña masiva a las instituciones del sistema financiero público y privado, personas naturales y jurídicas, sobre el criterio que mantiene nuestros

magistrados respecto de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, cuando se considera a referida venta como enajenación con objeto ilícito; y, cuales son los efectos jurídicos que produce.

CUARTA: Que las instituciones financieras públicas , privadas , personas naturales y jurídicas, para otorgar préstamos deberán establecer otra limitante del dominio distinta a la prohibición voluntaria de enajenar, a fin de garantizar el pago del préstamo conferido al prestamista, hasta que nuestro ordenamiento jurídico establezca a la prohibición voluntaria de enajenar como venta con objeto ilícito.

QUINTA: Finalmente sugiero a los docentes de la carrera de Derecho, la realización de investigaciones relacionadas con el derecho de las personas a la libertad de contratación de la autonomía de la voluntad de las personas, pues de esta manera se puede contribuir con el desarrollo de todo un conjunto de proyectos de ley que facilite la labor de nuestro legislador en procura del mejoramiento del Derecho Positivo Ecuatoriano.

9.1. Propuesta de reforma.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

Considerando.

Que el Art. 66 numeral 26 de la Constitución de la República del Ecuador el Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas

Que el Art. 1480 del Código Civil señala que hay objeto ilícito en la enajenación: De las cosas que no están en el comercio; de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona; y, de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

Que el Art. 1454 del Código Civil establece que contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una cosa.

Que el Art. 1749 del Código Civil manifiesta que: pueden venderse todas las cosas corporales o incorporales, cuya enajenación no éste prohibida por la ley,

Que de ello se desprende que la prohibición de enajenar, para que salga del comercio, debe establecerse por ley más no por convención privada. De allí que el pacto que en

este sentido se incluya en un contrato de cualquier naturaleza y no es una limitación a la libre transferencia del bien que impida la transferencia de dominio o la constitución de derechos reales sobre el mismo, ya que únicamente el mandato expreso de la ley o la orden del juez sustraen del comercio a los bienes y su enajenación se convierte en objeto ilícito, al tenor de lo que dispone el Art. 1480 del Código Civil.

Que por ello el incumplimiento de esta obligación de no hacer, que constituye la prohibición voluntaria de enajenar de un bien, de modo alguno no es causal de nulidad de un negocio jurídico de transferencia de dominio o de constitución de derechos reales sobre el mismo, sino que tan solo se traduce en el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el deudor acorde a lo dispuesto en el Art. 1571 del Código Civil.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide, la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

Art. 1.- A continuación del numeral 3 del Art. 1480 del Código Civil agréguese el siguiente numeral:

4.- De las cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los..... días del mes de..... del 2014.

f. EL PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI BESA, Arturo: La Nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno, Ediar Editores Ltda., Tomo II, segunda edición, Santiago de Chile – Chile- Chile. 2008

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge: Lecciones de Derecho Civil, Tomo I, Personas y representación de Incapaces, Quinta Edición, Temis, Bogotá – Colombia, 2005

- BORDA, Guillermo: Manual de Obligaciones, Segunda Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1963.

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998.

- CÁRDENAS GONZÁLEZ: Fernando Antonio, Incapacidad, Editorial PORRUA, México, 2006

- CLARO SOLAR: Luís: Explicaciones al Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo X, Quito- Ecuador, 2000.

- CÓDIGO CIVIL: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013.

- CÓDIGO DE COMERCIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2013.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, legislación Codificada, Quito – Ecuador, 2013.

- DE SANTO. Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, Segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Quito – Ecuador, 1986

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Quito – Ecuador, 1987.

- GOLDSTEÍN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Edición 2008, Buenos Aires – Argentina, 2008.

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen II, Derecho de Familia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador: Del Dominio o Propiedad, Modos de Adquirir, y el Fideicomiso, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2008.

- LARREA HOLGUÍN, Juan: Manual Elemental del Derecho Civil del Ecuador, Volumen 7, Contratos, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2002

- MIRANDA ASTUDILLO, Luis: Derecho Mercantil y Breves comentarios al Código de Comercio Ecuatoriano, Riobamba – Ecuador, 2011

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2008.

- PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de derecho civil francés, Cultural, La Habana, Tomo I. La Habana – Cuba, 2008.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, Sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "NECESIDAD DE ESTABLECER LA VENTA DE LAS COSAS QUE NO ESTÉN EN EL COMERCIO HUMANO POR EXPRESA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ENAJENACION CON OBJETO ILICITO", su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Estima usted que está regulada la venta de cosas que no están en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

2. ¿Usted está de acuerdo en que la legislación civil ecuatoriana establezca la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

3. ¿Cree usted que la falta de tipificación de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, lesiona el derecho a la libertad de contratación?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

4. ¿Cree usted que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expreso mandato de la Ley, respeta la autonomía de la voluntad de las personas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

5. ¿Consiente usted que de la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los contratantes primordialmente el del acreedor, si no se la considera como venta con objeto ilícito?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

6. ¿Consiente usted que debe reformarse el Código Civil estableciendo la venta de cosas que no estén en el comercio humano por expresa voluntad de los contratantes, como enajenación con objeto ilícito?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

.....

Gracias por su colaboración

ÍNDICE

Portada **i**

Certificación **ii**

Autoría **iii**

Carta de Autorización **iv**

Dedicatoria **v**

Agradecimiento **vi**

Esquema de contenidos **vii**

1. TÍTULO 1

2. RESUMEN 2

ABSTRACT 5

3. INTRODUCCIÓN 8

4. REVISIÓN DE LITERATURA 10

4.1. MARCO CONCEPTUAL 10

4.1.1. Propiedad y bienes 10

4.1.2. Capacidad e incapacidad. 14

4.1.3. Contrato de compraventa 17

4.1.4. La Obligación, interdicción, facultad y voluntad. 17

4.1.5. Autonomía de la voluntad 23

4.1.6. Inconvenientes jurídicos 25

4.2. MARCO DOCTRINARIO 27

4.2.1. Los derechos de la personalidad también forman el patrimonio. 27

4.2.2. Efectos jurídicos que se ocasionan por la incapacidad 28

4.2.3. Aspectos negativos que se generan por la incapacidad 30

4.2.4. Principios que rigen a la autonomía de la voluntad 33

4.2.5. La autonomía de la voluntad en el derecho de familia y de las personas 35

4.2.6 La enajenación del objeto ilícito 37

4.3. MARCO JURÍDICO 44

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 44

4.3.2. Código Civil 54

4.3.3. Código de Comercio 64

5. MATERIALES Y MÉTODOS 91

6. RESULTADOS 94

6.1. Resultados de la aplicación de la encuesta 94

6.2. Estudio de casos 109

7. DISCUSIÓN 120

7.1. Verificación de objetivos 120

7.2. Contrastación de hipótesis 122

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma 123

8. CONCLUSIONES 127

9. RECOMENDACIONES. 129

9.1. Propuesta de reforma 131

10. BIBLIOGRAFÍA 134

11. ANEXOS 137

ÍNDICE 139