



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MORA Y SUS EFECTOS IMPLÍCITOS EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”.

TESIS PREVIA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADO.

AUTOR.


Egdo. René Francisco Saraguro Cueva.

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Mg. Milton Ordóñez Caigua

LOJA-ECUADOR

2011



CERTIFICACIÓN

Dr. Milton Ordoñez Caigua Mgs.

Docente de la Carrera de Derecho del Área Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja y Director de Tesis.

C E R T I F I C A :

Heber dirigido, orientado y revisado, prolijamente el trabajo de investigación de tesis, que con el tema **“LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MORA Y SUS EFECTOS IMPLÍCITOS EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”**, ha elaborado el Sr. egresado Rene Francisco Saraguro Cueva; la investigación de tesis se encuadra en las disposiciones del reglamento de Graduaciones de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación y posterior defense.

Loja, junio de 2011.

Dr. Milton Ordoñez Caigua Mgs.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Las ideas, opiniones y criterios vertidos en el presente trabajo de investigación, son de exclusiva responsabilidad del autor.

René Francisco Saraguro Cueva

AUTOR

AGRADECIMIENTO

A la prestigiosa Universidad Nacional de Loja, y de manera especial al Área Jurídica, Social y Administrativa, por haberme acogido en su seno, para guiarme hacia el conocimiento técnico y científico, sin dejar de lado lo moral y ético, que me servirán para el desenvolvimiento de mi vida profesional, dentro del campo del Derecho.

A todos los docente de la Carrera de Derecho, por sus sabias orientaciones, durante mis estudios.

Al Dr. Mg. Milton Ordóñez Caigua, Director de Tesis, que con sus valiosos conocimientos y amplia experiencia me ha servido de orientación y guía para la realización del presente trabajo investigativo.

A mis compañeros que me brindaron su apoyo moral y estímulo necesario para continuar con mis estudios superiores en la Carrera de Derecho.

A mis familiares por su apoyo incondicional.

EL AUTOR

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación lo dedico a mi familia, en especial a mi madre, a mi esposa e hijas, mi familia fuente de amor e inspiración

Rene Francisco

TABLA DE CONTENIDOS

TITULO:

“LA NECESIDAD DE ESTUDIAR LA INSUFICIENCIA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MORA Y SUS EFECTOS IMPLÍCITOS EN EL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO”.

RESUMEN.

INTRODUCCIÓN.

REVISIÓN DE LITERATURA.

MATERIALES Y MÉTODOS.

RESULTADOS.

DISCUSIÓN.

CONCLUSIONES.

RECOMENDACIONES.

PROPUESTA JURÍDICA.

REFERENCIAS FINALES.

Bibliografía.

Anexos.

Índice.

RESUMEN

Considero a la mora como el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, ya que el simple retardo no culpable en el cumplimiento de una obligación no tiene trascendencia jurídica. Ante esta consideración creo necesario se debe estudiar la mora en lo que respectan a los elementos que configuran el incumplimiento de las obligaciones, que constituye la mora, que puede ser del deudor o del acreedor y los efectos jurídicos que este incumplimiento trae consigo.

Muchos de los contratos y muchas de las obligaciones que se contemplan en nuestro Código Civil y que se reflejan en la actividad diaria de la gran mayoría de las personas se han constituido en mora, cuyo porcentaje es considerable.

En algunos casos por culpa del deudor, que es quien está más propenso a enmarcarse dentro de esta figura jurídica. Y en otros casos aunque en un porcentaje no tan elevado por culpa del acreedor, quien se ha rehusado a aceptar el pago ofrecido por intereses personales provocando de esta manera que el deudor incurra en mora.

Pero, ¿es realmente suficiente el régimen jurídico que plantea el Código Civil, para castigar a las personas que incurran en mora?. O debería modificarse estas disposiciones y castigarse de una manera más coercitiva este incumplimiento.

Para establecer cuál es la mejor opción, me he propuesto investigar el presente tema y de esta manera enfocar la manera más adecuada de solucionar este problema y proteger los intereses tanto del acreedor, como del deudor, que son los entes del desarrollo.

Definiré a la mora como el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, ya que el simple retardo no culpable no tiene trascendencia jurídica.

Corresponde al acreedor o al deudor en mora producir la prueba de que ella no es imputable a su culpa ni a su dolo.

Debe distinguirse la mora solvendi (**mora del deudor**), de la mora accipiendi (**mora del acreedor**). Sin embargo en nuestro Código Civil se determina sólo cuando el deudor está en mora, artículo 1567, o cuando ninguno de los contratantes está en mora, artículo 1568, pero no cuando el acreedor está en mora, a diferencia de otros Códigos que establecen condiciones diversas para constituir en mora al acreedor o al deudor.

SUMMARY

I consider to the Moor like the guilty retard in the execution of an obligation, since the simple non guilty retard in the execution of an obligation doesn't have artificial transcendency. In the face of this consideration I believe necessary the Moor should be studied in what you/they concern to the elements that configure the nonfulfillment of the obligations that the Moor constitutes that can belong to the debtor or of the creditor and the juridical effects that this nonfulfillment brings I get.

Many of the contracts and many of the obligations that are contemplated in our Civil Code and that they are reflected in the daily activity of the great majority of people they have been constituted in Moorish whose percentage is considerable.

In some cases for the debtor's blame that is who is prone to be framed inside this artificial figure. And in other cases although in a percentage not so high for the creditor's blame who has been refused to accept the payment offered by interests personnels causing in this way that the debtor incurs in Moorish.

But, is it really enough the juridical régime that outlines the Civil Code, to punish people that incur in Moorish?. Or he/she should modify these dispositions and to be punished in a more coercive way this nonfulfillment.

To settle down which the best option is, I have intended to investigate the present he/she fears and this way to focus the most appropriate way to solve this problem and to protect the creditor's so much interests, as of the debtor that you/they are the entities of the development.

I will define to the Moor like the guilty retard in the execution of an obligation, since the simple retard non culprit doesn't have artificial transcendency.

It corresponds the creditor or the debtor in Moor to produce the test that she is not attributable to their blame neither their deceit.

The Moor solvendi should be distinguished (you/he/she lives of the debtor), of the Moor accipiendi (you/he/she lives of the creditor). However in our Civil Code it is determined only when the debtor is in Moorish, article 1567, or when none of the contracting parties is in Moorish, article 1568, but not when the creditor is in Moorish, contrary to other Codes that establish diverse conditions to constitute in Moorish to the creditor or the debtor.

INTRODUCCIÓN.

Si bien el tema “La necesidad de estudiar la insuficiencia del Régimen Jurídico de la Mora y sus efectos implícitos en el Código Civil Ecuatoriano”, proviene de una propuesta para la obtención del grado de abogado, al determinarme a investigarlo, me he propuesto en presentar una propuesta para cubrir de alguna manera la insuficiencia, que existe en el Código Civil Ecuatoriano, con respecto de este tema.

En mi trabajo de investigación parto de considerar lo que son las obligaciones. La obligación, en el sentido que la toma el Título III, del Libro Cuarto del Código Civil, titulado de la Obligaciones en General y de los Contratos, es tomado como término correlativo de los llamados derechos de crédito o derechos personales. Es decir, se trata de un vínculo de carácter patrimonial, personal, que consiste en una prestación a la que un sujeto, **deudor**, está obligado, y que consiste en hacer (**lo que involucra dar**) o no hacer alguna cosa.

Así que el objeto de toda obligación es dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación se toma destacada de las diversas situaciones u órdenes de derechos con los que puede estar conectada. Como se sabe, se distingue o clasifica los derechos civiles, según la clasificación usual, en:

- a) Inherentes a las personas o extrapatrimoniales.
- b) Patrimoniales, pudiendo éstos ser subdistinguidos en derechos reales, personales y sucesorios.

- c) Derechos de familia, que constituyen, en efecto, una categoría, pues participan de un carácter doble, patrimonial y extrapatrimonial, y está sujetos, en general, a una disciplina propia.

Cualquiera de los derechos de orden patrimonial, derechos personales, reales, sucesorios o los derechos de familia, y aun los derechos de la personalidad, dan origen a obligaciones, en el sentido de un **vinculum iuris**, es decir, a obligaciones, en sentido estricto. Pero no se confunda la obligación así considerada, con la situación jurídica o clase de derechos a que esté aneja, salvo los derechos personales o también llamados creditorios, en que el contenido mismo de ellos constituye fundamentalmente el contenido de las obligaciones en el sentido de una prestación personal, de un **vinculum iuris**, de aquí la denominación de **derecho de las obligaciones**. En los otros órdenes de derecho, la obligación, en sentido estricto, no es sino un efecto subsidiario o circunstancial de los mismos, o sea, que el contenido de ellos desborda el propio sentido de las obligaciones, en sentido estricto y técnico.

El desarrollo del presente trabajo de investigación se lo ha realizado utilizando las directrices de las investigaciones en la Universidad Nacional de Loja, que consta de una parte introductoria, en la que se ubica, el resumen, abstract e introducción. La siguiente parte que corresponde a revisión de literatura, he hecho constar, las obligaciones, fuentes y efectos, la mora y sus características, efectos de la mora. En la tercera parte realice el análisis de la investigación de campo y en la cuarta y última parte las conclusiones y recomendaciones, incluyendo en estas la propuesta.

REVISIÓN DE LITERATURA.

LAS OBLIGACIONES.

1. CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

La obligación, en el sentido que la toma el libro Cuarto del Código, titulada “De las obligaciones en general y de los contratos, así como del Título tercero, titulado “De las obligaciones civiles y mercantiles, del Título XII del efecto de las obligaciones es considerada como término correlativo de los llamados derechos de crédito o derechos personales. Es decir, se trata de un vínculo de carácter patrimonial, personal, que consiste en una prestación a la que un sujeto –el deudor– está obligado, y que consiste en hacer (lo que involucra dar) o no hacer alguna cosa.

Así que el objeto de toda obligación es dar, hacer o no hacer alguna cosa. La obligación se toma destacada de las diversas situaciones u órdenes de derechos con los que puede estar conectada. Como se sabe, se distingue o clasifica los derechos civiles, según la clasificación usual, en: a) inherentes a las personas o extrapatrimoniales; b) patrimoniales, pudiendo éstos ser subdistinguidos en derechos reales, personales y sucesorios; c) derechos de familia, que constituyen, en efecto, una categoría especial, pues participan de un carácter doble, patrimonial y extrapatrimonial, y están sujetos, en general, a una disciplina propia. Cualquiera de los derechos de orden patrimonial (derechos personales, reales, sucesorios) o los derechos de familia, y aun los derechos de la personalidad, dan origen a obligaciones, en el sentido de un **vinculum iuris**, es decir, a obligación, en

sentido estricto. Pero no se confunda la obligación así considerada, con la situación jurídica o clase de derechos a que esté aneja, salvo los derechos personales o también llamados **creditorios**, en que el contenido mismo de ellos constituye fundamentalmente el contenido de las obligaciones en el sentido de una prestación personal, de un *vinculum iuris* (de aquí la denominación de “derecho de las obligaciones”). En los otros órdenes de derecho, la obligación, en sentido estricto, no es sino un efecto subsidiario o circunstancial de los mismos, o sea, que el contenido de ellos desborda el propio de las obligaciones, en sentido estricto y técnico.

Así pues, urge dilucidar claramente el sentido del término obligación. En la significación que viene indicándose, ella es, como expresa Endemann, “la relación jurídica de carácter obligatorio existente entre dos sujetos, en virtud de la cual uno de ellos, como acreedor, está autorizado a exigir del otro, como deudor, una prestación”.¹ Se destacan, de este modo, los tres elementos integrantes: el sujeto activo, el pasivo y el objeto. Y se destaca también el carácter intrínseco: la exigibilidad, por los medios legales, de lo que constituye la obligación.

Es decir que obligación *hoc sensu* es, como la definía Justiniano: *Vinculum iuris, quod necessitate adstrigimur alicuius rei solvendi* (Institutas, princ. de obligationibus, III, 14). Lomonaco dice: “Con mucha certeza Justiniano define la obligación como un vínculo jurídico, *vinculum iuris*, extrayendo la metáfora del ligamen material. La **persona** obligada que cumple aquello que a ella le incumbe se desliga: *vincula dissolvit*. Bajo el imperio del derecho intermedio,

¹. Citado por ALESANDRI RODRIGUEZ Arturo, en **Teoría de las Obligaciones**.

Heinneccio demostró luminosamente la exactitud y la propiedad de la definición justiniana, contra la censura que algunos intérpretes no habían dudado en inferir a la misma: “Sordet fere haec definitio sciolis, qui praecipue reprehendunt quod rem definimus per meram translationem, sielicet metaphoram; imo, pro insigne acumine suo, moment vinculum iuris esse laqueum, quo fures suspenduntur. Lepide, belle, sapientior ut nihil supra. Sane res morales vocabulis propriis adeo exprimi non possunt, ut et ipsum vocabulum **OBLIGATIO** sit metaphoricum”.²

Por su lado, Rehbhein explica así: “Obligación es, conforme al art. 241 (del B.G.B.), en puridad de conceptos, la obligación en el sentido entendido por el derecho romano. El art. 241 define la obligación indicando el contenido general del derecho y del deber (indem er dem allgemeinen Inhalt von Recht und Pflicht, angeht). Obligación es la relación jurídica (vinculum iuris) entre dos personas, en base a negocios jurídicos (contratos, promesa unilateral, disposiciones de última voluntad), a actos ilícitos, o hechos jurídicos de otra clase (enriquecimiento indebido), en virtud de la cual una de las partes (el acreedor) está autorizado para exigir de la otra parte (el deudor) una prestación positiva o negativa: dare, facere, praestare; estando el deudor en el deber de cumplirla; pudiendo también ambas partes ser, recíprocamente, acreedores y deudores”... Agrega el mismo autor, para mejor caracterizar la naturaleza de las obligaciones: Der Inhalt der Leistung, der entfernteste Gegenstand des Schuldverhältnises, wo er von der Leistung zu trennen, die körperliche Sache, das Recht, die gegeben, gewährt, verschafft werden soll, ist nicht unmittelbares Inhalt des Schuldverhältnises, nur die Leistung

2. BUGY Biagio.-Instituciones de derecho civil.-Grandes Clásicos del Derecho-. Tercera Swerie.- Volumen 4., Oxford University Press., 2005

desselben; Anspruch und Verpflichtung beziehen sich nicht auf diesen Gegenstand unmittelbar, berühren ihn nicht”.³

El Código se ocupa de las obligaciones en del libro cuarto. La obligación, entonces, abarca todo derecho creditorio, porque éste por su carácter y su contenido se confunde con aquélla, y comprende toda obligación en el sentido aludido, derivado de otros órdenes de derechos, con los cuales, como se ha dicho antes, no se confunde. La obligación así entendida, referida a una y otra clase de derechos –los creditorios y los otros–, constituye el llamado derecho de obligaciones. En el caso de derechos creditorios, la obligación en sentido estricto, de *vinculum iuris*, es tal, intrínsecamente, por el carácter de aquéllos; en el caso de otros derechos, convive con éstos, aunque sin confundirse con ellos.

Se comprende que tratándose de derechos que no son los creditorios, no se confunde la obligación con dichos órdenes de derechos con los que puede estar conexas, pues “si la obligación en general –como escribe Valverde y Valverde– es deber jurídico, y una norma que tiene necesariamente que cumplirse, y como tal se encuentra en todas las relaciones jurídicas, en sentido estricto se reserva el nombre de obligación a la obligación independiente, con propia y verdadera sustantividad, que surge en el comercio humano para facultar el cambio de valores y servicios, excluyéndose de su concepto, como afirma Dernburg, todas las otras obligaciones que o no son jurídicas o no visten exclusivamente la figura de estas entidades obligatorias. En toda obligación se puede considerar limitada o excluida necesariamente la libertad de uno en aquello que forma el derecho de otro, pues se

³. BUGGY., obra citada.

precisa que para el acto de las personas que establecen la relación obligatoria por hechos de otro o por virtud de la ley, esté una de esas personas facultada para exigir una prestación a la otra. Claro es que cuando la necesidad jurídica de hacer, no hacer o permitir algo, es completamente accesoria o aneja de otros derechos, como los de la personalidad, familia o propiedad, no es propiamente relación obligatoria u obligación en el sentido estricto del concepto, puesto que aquellas relaciones están dominadas por las superiores de las cuales nacen, sometiéndose, por tanto, a las reglas jurídicas de ellas. Pero cuando la necesidad jurídica interviene entre personas determinadas, dándose entonces la concurrencia de la necesidad jurídica y el vínculo, requisitos esenciales de toda obligación según Filppis, entonces aparece la obligación como institución independiente y con marcada figura jurídica. De aquí se infiere que además de los deberes éticos, sociales, morales y religiosos, hay deberes jurídicos, pero ni a éstos concebidos en la amplitud de su concepto, ni a los nacidos de las relaciones jurídicas que surgen de otras, nos referimos cuando hablamos de la obligación propiamente dicha, sino a aquellas necesidades jurídicas creadas por la persona y que se producen frente a determinados hombres, consistentes en la necesidad de dar, hacer o no hacer en provecho de otro, y el poder de este último para pedirlo o demandarlo”⁴.

Es pertinente, por lo demás, reparar en que la obligación que constituye el contenido de los derechos creditorios es de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades

⁴ . MORALES ALVAREZ, Jorge.- **Teoría General de las Obligaciones.**- Universidad de Cuenca- . 1999.- Cuenca.

correspondientes a un deber jurídico que no sea obligación en el sentido anterior, vinculum iuris, no se agotan por su uso normal.

La presencia de obligaciones en el sentido que ahora se les toma, puede encontrarse en toda clase de derechos. Inútil mencionar los derechos creditorios, que son, por definición, derechos de obligaciones. Surgen éstas también en los otros derechos patrimoniales y en los de familia.

No precisa que el objeto de la obligación tenga necesariamente en sí un contenido de carácter económico. “Cualquier interés que merece protección, puede llegar a ser objeto de una obligación; especialmente se puede celebrar negocios sobre prestaciones de carácter ideal, inmaterial; por ejemplo, lugar y forma de la inhumación de una persona” (Warneyer). Por eso el Código japonés establece: “Aun cuando una prestación puede no ser evaluada en dinero, es susceptible de constituir objeto de obligación”⁵

El derecho de obligación es por su propia naturaleza, un derecho relativo: se concreta a una relación entre personas más o menos determinadas: el acreedor y el deudor, en oposición a los derechos absolutos, válidos erga omnes, como son los derechos reales, sobre bienes inmateriales y los de la personalidad (y también gran parte de los derechos de familia).

El carácter de la obligación es su exigibilidad. Empero, se conoce alguna especie de derechos de obligaciones que no tiene tal carácter: las llamadas obligaciones naturales. Nos ocuparemos de ellas al tratar el art. 1285.

5. PLANIOL Y RIPERT., **Derecho Civil, Biblioteca Cásicos del Derechos.**, Volumen 4.- Editorial Harla.- 1999

El Concepto y manifestaciones fundamentales de las Obligaciones.

El concepto de obligación, durante el transcurso del tiempo ha sido modificado o ha sufrido una evolución. Si echamos una rápida ojeada sobre el derecho civil contemporáneo, podemos observar que el derecho de obligaciones constituye el remate lógico de todo el aparato jurídico. En nuestro Código Civil, por ejemplo, trata de las obligaciones en el IV Libro, figura jurídica que es motivo de mi análisis y que tiene su origen histórico con los romanos. El hombre, con el afán de dar una solución a sus múltiples necesidades, tiene que establecer relaciones jurídicas de diversa índole, las mismas que lo vinculan con las cosas que se encuentran en la naturaleza, de donde proviene la propiedad, la posesión y los derechos reales. Y así mismo las que lo vinculan con las personas llamados derechos personales.

Nuestro Código Civil, en el Artículo 595, conceptúa que “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

Nos da una idea clara el artículo en referencia, de lo que son las obligaciones, destacándose dos aspectos fundamentales de esta clase de derechos, **el sujeto y la cosa objeto**, en la que ningún intermediario actúa para el ejercicio de sus facultades que son propias del derecho.

Considerando que esto consiste en el poder directo sobre una determinada cosa que le permite al individuo extraer una parte o toda la cosa.

El Artículo 596 de nuestro Código Civil dice: “Derechos personales son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas”.

Se trata de una relación jurídica entre determinadas personas en la que se logra determinar que intervienen en ese tipo de obligaciones sujeto pasivo y el objeto debido. Viene a ser en este caso la facultad o poder de acción para exigirle al sujeto pasivo a dar, hacer o no hacer.

Pero miremos por un momento como entendías los romanos en aquellos tiempos a las obligaciones.

Luis María Boffi Boggero señala: “Qué se trataba de un acto formal que consistía en garantizar el cumplimiento de la palabra empeñada, ofreciendo el cumplimiento de un tercero, una cosa o conjunto de bienes. La figura del nexum y las de fiducia, el *vax o praex*, así como el *sponsor* constituyen típicas figuras romanas características de esta etapa en que se añade la obligatoriedad contractual mediante un acto anexo garantía”⁶.

Cómo es claro advertir que el sujeto pasivo se logra apreciar en una forma disminuida por cuanto su sola declaración o manifestaciones u ofrecía confianza al acreedor o sujeto activo.

6. BOFFI BOGGERO. Luis María, **Tratado de las Obligaciones**. Editorial Harla., España, 1999, pág 10.Tomo I.

Las obligaciones modo perfecto de existencia de las acciones que tienen como fundamento principal a la voluntad libre, son como el momento culminante del Derecho.

A la obligación puede observársela desde dos diversos puntos de vista o se la considera en su más amplio sentido jurídico, y entonces resulta artificioso hacer uso de la generalización filosófica; o se la considera como el lenguaje ordinario del derecho, es decir formando una rama particular de éste.

Ahora bien si tomamos el primer punto de vista, la obligación es el eje alrededor del cual gira todo el mecanismo jurídico. Quien dice derecho, dice vínculo coercitivo, norma que se impone con la fuerza de una autoridad superior a los individuos. Lo cual permite diferenciar al hecho o fenómeno jurídico de otras manifestaciones de la vida social, es que va acompañado de una fuerza de coacción.

Luis María Boffi Boggero manifiesta “Hay palabras que definen mejor que extensos desarrollos la severa realidad de los tiempos primitivos. La voz *nexun* proviene de *nectare*, que significa anudar, lo que significa que en la antigüedad se anudaban cuerdas y aún cadenas al cuerpo del mal pagador”⁷.

⁷. BOFFI BOGGERO, Luis María, Obra citada, página 11

La obligación vista en un sentido netamente jurídico, o se la considera con un significado más restringido; o se la observa como una relación especial entre dos personas, una de las cuales desempeña un papel activo frente al pasivo que corresponde a la otra y que tiene como finalidad una cosa que se debe hacer o no hacer, es decir entre el sujeto activo, acreedor y el sujeto pasivo, deudor; entre los dos existe una relación directa entre esas dos personas que forman la cosa debida. Según como se la mire se llama crédito o deuda.

Los principios de razón natural y de equidad no son otra cosa que los nuevos conceptos de moralidad, que van haciendo su aparición en el derecho pretoriano.

La obligación supone un vínculo jurídico que ligue o a una o a dos personas determinadas; una es el sujeto activo de la obligación, llamada acreedor o creditor, y la otra persona de la obligación es el sujeto pasivo o deudor, denominado deudor que está inmerso en la necesidad de dar, hacer, o no hacer, una cosa.

Claro está que el elemento objetivo de la obligación es la cosa que se debe y que en ocasiones puede constituir en un hecho. De ahí que las obligaciones se dividan en obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa.

Nuestro Código Civil, al igual, que el chileno, francés, italiano, alemán, no dan una definición sobre las obligaciones o no se define a la obligación.

En el artículo 14554 nuestro Código Civil, señala algunos elementos de las obligaciones, como lo que es contrato o convenio, de la siguiente manera **”Contrato o convenio es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”**

Arturo Alessandri Rodríguez en su libro de las obligaciones comienza a dar una explicación etimológica de la palabra obligación, de la siguiente forma: **“Obligar, del latín bligare, que significa atar o amarrar, encadenar ligar, porque en los primeros tiempos del Derecho Romano, el Deudor era amarrado y encadenado por el acreedor, hasta que no solventare su obligación⁸.**

De igual manera manifiesta que: **“Los romanos no concibieron los conceptos abstractos de las obligaciones, sólo se obliga al estado de obligado de un individuo amarrado por lo que aquel debía a este”⁹.**

Continúa manifestando que: **”Las leyes romanas, le acordaban al acreedor un modo legal de ejecución sobre la persona del deudor *“la manus inectio”*. Si el deudor no cumplía su obligación, el acreedor podía echar mano sobre él, y tenía derecho para pedir la adjudicación del deudor, para**

⁸. ALESSANDRI R., Arturo.- **Derecho Civil., Teoría de las Obligaciones.**, Editorial Harla., España. 2000., página 8.

⁹. Obra citada., página 8

convertirlo en un esclavo, o si eran varios los acreedores para repartirse sus dedazos”¹⁰.

Como he indicado en líneas anteriores, este concepto con el transcurso del tiempo fue paulatinamente evolucionando.

Es decir que las ideas sufren un gran cambio y a la vez importantes modificaciones lo que hasta ese momento había sido un concepto material, para luego en su sentido más amplio recaer sobre los actos de la voluntad del hombre que contrae un compromiso de carácter personal.

Todo el conjunto de esta apreciación coincide con Ramón Meza Barros, que pone de manifiesto su conceptualización de la obligación en los siguientes términos: *“La Obligación es un vínculo, esto es, una relación entre determinadas personas, un lazo que las une. La persona que se obliga queda atada a su acreedor, limitando o restringiendo su libertad personal. Tal es el sentido etimológico del término obligación de obligare ligar, atar. La obligación es un vínculo de derecho, es decir, está sancionado por la Ley. Esta sanción es la diferencia radical entre las obligaciones e los simples deberes morales”¹¹.*

Al recabar esta apreciación necesariamente la obligación supone dos personas. Una en cuyo provecho se contrae la obligación, llamada sujeto activo

¹⁰ . Obra citada, página 9

¹¹ . MEZA BARROS, Ramón Manuel., **Manual de Derecho Civil., De las Obligaciones**, Editorial University.. España., 1999., página 13.

de la obligación, **acreedor**, y la otra persona que debe satisfacer la prestación, sujeto pasivo de la relación jurídica, denominada **deudor**.

Para el acreedor la obligación constituye una ventaja, un elemento activo en su patrimonio, un derecho, un **crédito**. Para el deudor cuya libertad limita, es una carga, un elemento pasivo del patrimonio, una deuda. Es decir que el deudor y acreedor deben ser personas determinadas o en otro sentido estas dos personas deben estar claramente determinadas.

Todas estas definiciones se encuentran acordes con este concepto de la obligación y algunos autores coinciden y en ciertos aspectos apenas logran discrepar en relación a este término, por cuanto se trata de un cambio o juego de palabras.

Para **Enneccerus**, que pone énfasis en el crédito, se trata de **“una acción que compete a una persona, el acreedor, contra otra persona determinada, el deudor, para la satisfacción de un interés digno de protección que tiene el primero”**¹².

Ramón Meza Barros, en su libro de las Obligaciones, expresa: **“ La Obligación es un vínculo de derecho que supone dos sujetos y un objeto: un sujeto activo investido de la facultad de exigir una prestación, un sujeto pasivo puesto en la necesidad de ejecutarla, y un objeto debido”**¹³.

11. ENNECCERUS, Ludwig, **El derecho de la Obligaciones.**, Editorial University., España., 2000. Página 6.

13 . MEZA BARROS, Ramón Manuel,, **Manual de Derecho Civil.- OBLIGACIONES.**, citado, pág 13

Para Arturo Alessandri Rodríguez, **“La obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer, o no hacer alguna cosa, respecto de otra, también determinada”**¹⁴.

Al resumir todos estos conceptos, debo manifestar que la definición que más unifica y agrupa a todos ellos es de **“La obligación es una acción de derecho establecida entre dos personas, llamadas partes, en la que el sujeto pasivo (deudor) está en la necesidad jurídica de pagar un hecho que consiste en dar hacer o no hacer alguna cosa, lícita, al sujeto activo, denominado acreedor.**

Se evidencia que la obligación crea un derecho persona del acreedor sobre el deudor y esta última persona puede ser compelida al pago.

Ahora bien el pago no consiste en la entrega de la cosa, ni de una cantidad pecuniaria, esas son formas particulares de pago. El pago se debe entender como un modo donde se produce la realización del hecho que se debe.

El ordenamiento jurídico se muestra con los caracteres de la obligación que es el vínculo que viene a ser la relación entre dos personas en la que una de ellas limita su libertad, dicho vínculo es sancionado por la ley y este mismo vínculo sitúa a una determinada persona en la necesidad de dar, hacer o no hacer algún a cosa.

¹⁴ . ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo., **Derecho Civil., Teoría de las Obligaciones.**, Edt. Harla. México. 2000, página 9.

Estas personas deben estar determinadas. Las prestaciones pueden ser positivas o negativas, que consisten en una acción u omisión, La prestación positiva consiste en dar o hacer, la negativa en no hacer. Es decir la primera recae sobre un hecho positivo que consiste en una realización determinada y la segunda le corresponde un hecho negativo en el que debe producirse una abstención.

Ramón Meza Barros, manifiesta en su obra, que **“Una persona no puede quedar ligada a otra y verse compelida a realizar en su beneficio una determinada prestación que limite o coarte su libertad, sin una causa, que produzca este efecto”**¹⁵.

Los romanos ya distinguieron los cuatro convenios que forman las **Obligaciones consensuales**: La compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Nuestra legislación sigue los mismos principios romanos y añade como obligación la Ley.

Nuestro Código Civil en el Libro IV, trata particularmente de las Obligaciones, que las llamamos consensuales, añadiendo a esto los contratos. En cambio las obligaciones que nacen de la Ley están tratadas en el desarrollo del resto de Libros del Código Civil. Es claro advertir que para realizar un estudio metodológico concerniente al análisis de los efectos de las obligaciones, es necesario revisar la parte pertinente en lo que se refiere a los contratos, puesto que la obligación se deriva de un contrato.

¹⁵ . MEZA BARROS, Ramón, Obra citada, página 15

Vale la pena diferenciar dos aspectos fundamentales, como la obligación viene a constituir el género, mientras que el contrato es en cambio la especie. Por lo que el contrato resulta ser la fuente más abundante que las obligaciones.

Es decir todo contrato supone una obligación: pero no toda obligación supone un contrato. De ahí que su importancia logra revelar en el Art.1454 del Código Civil.

Al leer detenidamente el artículo antes citado se logra apreciar o establecer que el legislador ha insertado en el artículo como sinónimos a los términos contrato y convención.

R.J. Pothier define al contrato en los términos;”**Un contrato es una especie de convención que tiene por objeto formar entre ellos algún compromiso, es lo que se llama contrato**”¹⁶

Nuestra legislación zanja la cuestión al expresar que los vocablos contrato o convención deben considerárselos como sinónimos.

Ramón Meza Barros dice; “**La convención es un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que podrá consistir en crear, modificar o extinguir derechos, la tradición el pago son convenciones. El contrato es una especie, clase o tipo de convención que tiene por objeto crear derechos personales o créditos. En otros términos, el contrato es la convención**

¹⁶ . POTHIER, R.J., **Tratado de las Obligaciones**, Editorial Harla., España., 2000, página 12.

generadora de obligaciones. El objeto del contrato es la obligación u obligaciones que genera, el objeto consiste en dar hacer o no hacer”.¹⁷

Como se puede ver en el concepto anterior se logra apreciar que el contrato es el fundamento generador de obligaciones, en la cual nacen los derechos personales o créditos.

Luis María Boffi. Boggero había con respecto al contrato en los siguientes términos; **“El contrato se encuentra anticipado sustancialmente en el acto previo, lo que significa que si las partes cumplen estrictamente lo acordado, se o pura el contrato definitivo, pudiendo decirse que han reiterado su manifestación de la voluntad de comprar originaria y que la han integrado con los elementos usuales delo contrato definitivo”.**¹⁸

Es evidente destacar que la voluntad y el mutuo consentimiento juega un papel importante con respecto a un contrato es decir, la voluntad es el elemento decisivo con el fin de conocer si el contrato es o no reproductivo. Mientras que el consentimiento tiene una relación directa con la forma y el contenido.

Quiero, sin desechar lo expuesto referirme a breve rasgos a los Cuasicontratos, los Cuasidelitos y la ley.

¹⁷ . MEZA BARROS, Ramón., Obra citada., página 16.

¹⁸ . BOFFI BOGGERO, Luis María., bra citada, página 270.

Nuestro Código Civil no da una definición de Cuasicontrato, pero en sus Art. 1453 y 2184, del IV libro, se logra concebir el concepto tradicional de esta fuente de las obligaciones.

Así mismo el Art. 2184, manifiesta. Las obligaciones que se contraen sin convención, pueden originarse por **“el hecho voluntario de una de las partes”** y **“si del hecho de que nacen es ilícito constituye un cuasicontrato”**.

Según estas disposiciones legales, el cuasicontrato se caracteriza como un hecho no convencional, voluntario, lícito y generador de obligaciones.

Claro que la expresión cuasicontrato en su acepción da una equiparación similar al contrato, del cual se derivan nexos jurídicos. Pero fundamentalmente se diferencian el uno del otro. Para la existencia del contrato se tiene que tomar en cuenta la esencia de la voluntad en relación a las personas que intervienen; mientras que el cuasicontrato se excluye el concurso de las voluntades. Un ejemplo claro de los cuasicontratos constituye la aceptación de una herencia, en la que necesariamente se tiene que pagar las deudas llámense éstas hereditarias o testamentarias que la sería para estos casos.

J.R.Pothier señala: **“Se llama cuasicontrato el hecho de una persona, permitida por la ley, que le obliga para con otra persona para con ella, sin que entre ambas intervenga convención alguna”**¹⁹

¹⁹ . POTHIER J. R., Obra citada, página 71

A la vez que pone un ejemplo: **“La gestión que un tal hace de los negocios de un ausente que no los ha encargado, es un cuasicontrato que le obliga a dar cuentas, y obliga al ausente para con él a indemnizar todo lo que ha desembolsado”**.²⁰

Se puede concluir de la siguiente manera, con el concepto de Pothier, que el cuasicontrato es un hecho que no obedece a la voluntad de las personas, es decir es un acto involuntario e ilícito.

Y para concluir sobre el análisis del cuasicontrato nuestro Código Civil, en su Art. 2214 habla sobre estas dos figuras como originadoras de este tipo de obligaciones, señala que la persona está colocada en la necesidad de reparar los daños que ha causado por una imprudencia no excusable, sin perjuicio de la sanción penal en la que pueda incurrir.

En estos dos casos se trata de hechos totalmente ilícitos por lo que de ahí nace la diferencia del cuasicontrato.

Si, analizamos estas dos figuras a través de la conceptualización de J.R. Pothier, en la cual una persona, por celo o malignidad, causa perjuicio o daño a otra.

Cuasidelito es el hecho por el cual una persona, sin malignidad, sino por una imprudencia, que no es excusable, causa algún daño a otra”.²¹

²⁰ . POTHIER, Obra citada., página 19

²¹ . POTHIER, obra citada.

Notamos que sus consecuencias son similares o idénticas que consisten en la reparación del daño, pero tomando en cuenta la consecuencia de ella se derive, para lo cual se tiene que auscultar o verificar o el perjuicio causado.

Si bien ambas figuras están sancionadas o penadas por nuestra ley, la misma que se contempla en el Código Penal., en la que aparecen un sin número de delitos regulados en este libro, para su aplicación en este campo que es el encargado de regular ese tipo de sanciones.

Mientras que en el Código Civil el Legislador los señala la genéricamente a los delitos y cuasidelitos.

Y por último nos concretaremos a la ley como fuente de obligaciones. Diremos que la ley como causa de todas las obligaciones, constituyen la fuente de todas las disposiciones legales.

Es decir, que son obligaciones legales las que tienen como causa la disposición legal, las obligaciones entre padres e hijos de familia (artículo 1423 del Código Civil), entre cónyuges, las que resultan de la vecindad de los predios, etc.,

Arturo Alessandri Rodríguez, en su obra manifiesta: **Las obligaciones legales se fundan de ordinario, en consideraciones de orden público, y ellas tienen por objeto precautelar un daño mucho mayor que resultaría de su no imposición. Por eso, no se necesitan hechos personales del deudor, sino que**

los imponen sin tomarlos en cuenta, y aún contra su voluntad. De ahí que la sufren aún los incapaces.”²²

El artículo 2184, del Código Civil, indica **“Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la Ley se expresan en ella”**.

Del texto de la Ley se puede deducir que las obligaciones legales son las que no reconocen como causa ninguna otra fuente que la Ley, la cual viene a constituir una excepción del Derecho.

Para iniciar el análisis de los efectos de las obligaciones trataré minuciosamente observando cómo nuestro Código Civil empieza a deducir cada una de las Obligaciones en el IV y último libro, en lo que respecta a la enumeración de sus fuentes, definiendo y clasificando los contratos, en la Cuarta Sección del Código Civil, se trata de manera particular, los contratos como fuente de las obligaciones. Pero como quiera que se quiera determinar, esta sección está destinada a hablar no sólo de los contratos, sino de todas las reglas jurídicas concernientes al derecho de las obligaciones, aparecen mezcladas a menudo, disposiciones que es conveniente diferenciar. El Título XII del Libro IV del Código Civil, habla o menciona en cada uno de sus artículos del efecto de las obligaciones, en las que se encuentran disposiciones sobre algunos efectos de los contratos. Esto nos valdría para reflexionar de la siguiente forma: Si todos los efectos de las obligaciones se encuentran allí reglamentados; o por el contrario se

²² . ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo., Obra citada, página 22

tiene que buscar varios y muchos efectos en distintos pasajes del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano.

Pero primeramente tenemos que encontrar conceptos para saber que se entienden por efectos de las obligaciones.

Barros Errazuris, en su obra manifiesta **“se llama efecto de las obligaciones los derechos que la ley confiere al acreedor para exigir y asegurar el cumplimiento oportuno y total de la obligación, por parte del deudor”**²³.

Al revisar la conceptualización de este tratadista, notamos que el efecto fundamental de la obligación consiste en asegurar el cumplimiento oportuno de lo debido por parte del deudor.

Pero sigamos analizando otros conceptos, sobre el tema: Arturo Alessandri Rodríguez sostiene **“Que los efectos de los contratos, son las obligaciones que estos engendran para una o ambas partes, como los efectos del contrato de compraventa, las obligaciones del comprador y del vendedor, en tanto que el efecto de ese proceso, es decir, el efecto de la obligación, es la necesidad jurídica en que el deudor se había colocado para obligarse a cumplirla, para lo cual la ley le da al acreedor, ciertos derechos destinados a asegurar su cumplimiento”**.²⁴

²³ . BARROS ERRAZURIS., **Curso de Derecho Civil.**, Tomo II, página 51.

²⁴ . ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo., Obra citada, página 42.

Según esta definición el deudor resulta constreñido a determinada actividad, positiva o negativa. De ahí que esta persona contraiga la necesidad jurídica de restituirla bajo forma de pago el bien suministrado. En otras palabras diremos, que el modo natural de lograr desligarse del vínculo jurídico de la obligación es el cumplimiento de la prestación que constituye su objeto. Esto no sucede en la realidad tal como lo vemos con una simplicidad.

Del complejo sistema jurídico de las obligaciones, nacen infinidad de vínculos o nexos legales al lado de la obligación fundamental.

Este vínculo se encuentra sancionado por la ley que le da facultad al acreedor para conseguir las ventajas que de dicha obligación le reporta.

La voluntad juega un papel importante como lo dije anteriormente, en las diversas maneras, de cada una de ellas da origen a diferentes relaciones jurídicas, es por eso que se ve este fenómeno peculiar del derecho, de particularizar, dividir, pormenorizar los distintos momentos de la vida de relación. Cada una de estas relaciones tiene sus alcances, su forma de comportarse y actuar, sus limitaciones.

Sin despreocupar ningún aspecto continuamos en el análisis de los efectos de las obligaciones.

Más adelante Arturo Alessandri Rodríguez dice: "los efectos de las obligaciones como los derechos que la Ley confiere al acreedor, para exigir del

deudor su cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación cuando éste no la cumpla o en parte, o están en mora de cumplirla”.²⁵

Estos derechos que la Ley confiere al acreedor para la obtención del cumplimiento de la obligación son tres la ejecución forzada de la obligación, derecho a la indemnización y el incremento patrimonial.

La ejecución forzada, es uno de los casos más frecuentes porque siempre que el deudor rehusa a su cumplimiento, motivo por el cual quebranta al compromiso contraído al resistirse a ejecutarlo, en vista de esto el acreedor tiene que recurrir al auxilio de la Ley, ya que el Estado el encargado cée protegerlo a través de los tribunales de justicia, los tribunales de justicia están en la facultad de conocer los derechos y resolver cada uno de los casos que suscitan en la contienda entre esas dos personas.

Sin lugar a dudas para que proceda la ejecución forzada es necesario que el acreedor tenga un documento en donde no exista discusión alguna sobre su legitimidad o autenticidad, y a la vez conste de un título ejecutivo.

Si el acreedor no tiene el Título ejecutivo para hacer indiscutible su derecho y si no puede exhibir ningún documento que señala el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, tendrá que recurrir a un juicio ordinario conjuntamente con su deudor para que pruebe la efectividad de su derecho y a través de reconocimiento por medio de sentencia judicial en la cual ha

²⁵. Alessandri Rodríguez, Arturo. Obra citada, pág. 63

sido declarada su legitimidad de acreedor, tendrá en sus manos el título ejecutivo que señala el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil.

Siguiendo nuestro Código Civil, el viejo aforismo de derecho que quien se obliga, obliga a todas sus pertenencias o bienes, El artículo 2367 del Código Civil, da muestra o testimonio claro con relación a esta forma tradicional en la cual dispone toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces, muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1634.

El artículo, 1640 del Código Civil, establece lo dispuesto en la cesión en los artículos 1634 y siguientes, se evidencia que estos artículos se aplican con relación al embargo de los bienes por acción ejecutiva del acreedor o acreedores pero en cuanto a la excepción del apremio se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para su enjuiciamiento, El artículo 2371 del Código Civil, autoriza para que cada acreedor en una forma individual; y a todos ellos en conjunto puedan pedir que todos los bienes del deudor, con la excepción de los inembargables (art. 1634 C.C.E), sean puesto a remate a fin de pagar a los acreedores con el producto de ellos.

El artículo 2367 del Código Civil habla concretamente en estos términos: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacer la efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1634".

El artículo 2367 del Código Civil habla concretamente en estos términos **“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1634”**.²⁶

El artículo 2371 del Código Civil, por su parte establece que **“Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1634, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta el valor de sus créditos, incluso los intereses y los costos de cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, prorrata, cuando no hayan causas especiales para preferir ciertos créditos...”**

Por otro lado el inciso primero del artículo 1634 del Código Civil, dispone **“La cesión comprenderá todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.**

Se logra determinar que todo el patrimonio puede ser objeto de persecución individual o colectiva de los acreedores cuando el deudor se resista a cumplir con la obligación.

La responsabilidad del patrimonio es la consecuencia directa de la responsabilidad personal.

²⁶ . CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR., artículo 2364

Para que tenga lugar el derecho de prenda en los Artículos 2371 y 1634 del Código Civil, el deudor debe estar directamente obligado con el acreedor.

La deuda es líquida cuando está determinada. No lo será la obligación de indemnizar perjuicios, porque se ignora su monto.

La obligación es actualmente exigible si no hay plazo o condición pendiente de pago.

La eficacia de las garantías de los derechos reales proviene, entre otras causas del derecho que otorgan para perseguir los bienes hipotecados o empeñados, a pesar de haber salido del patrimonio del deudor.

En determinados casos puede verse una persona compelida a cumplir una obligación con determinados bienes, mientras que el resto de sus bienes escapa a la acción del acreedor. Así sucede cuando resulta obligado en el caso que posea una cosa que afecta al cumplimiento de la obligación.

La consecuencia de tales casos se puede dar de la siguiente forma:

1. Del tercer poseedor, de quien adquiere una cosa sobre la que existe constituido un derecho real de prenda o hipoteca.
2. Del que hipoteca un bien de su propiedad, en garantía de una deuda y no se ha obligado personalmente.

Nuestra Constitución no determina una sanción equivalente a cárcel o prisión por deudas, pero hay ciertas excepciones cuando se trata contra los

administradores de rentas fiscales, Municipios y demás entidades públicas, sostenidas por el Estado que están sujetos a fiscalización por parte del mismo, y en los casos de quiebra culpable o fraudulenta, pero también en lo que respecta a pensiones alimenticias.

La ejecución forzada en las obligaciones de dar. El título ejecutivo o juicio ejecutivo está reglamentado en el título 1 del Libro II del Código de Procesamiento Civil.

La demanda debe ser propuesta por parte del acreedor ante el Juez, quien está en la facultad de examinar sin concurre o no los requisitos de Ley que señala el artículo 69 del Código de Procesamiento Civil, así mismo el Juez examinará minuciosamente para comprobar que no ha transcurrido el tiempo relacionado a la prescripción de la acción exigida en el artículo 417 del Código de Procesamiento Civil, que señala desde el momento que se hizo exigible la obligación, a la vez que despachará un mandamiento de ejecución con la orden de requerir de pago al deudor, si el deudor requerido no procede al pago, se procederá al embargo sobre los bienes que le pertenezcan.

El embargo consiste en poner en manos de un depositario (Art 489 del Código de Procedimiento Civil), quien es el encargado de la tenencia de las cosas y administración de las mismas, para que ponga a disposición del Juez mientras proceda el remate de ellos. Si el deudor obstaculiza o pone traba al embargo el Juez decretará el auxilio de la fuerza pública por cuanto se trata de un procedimiento compulsivo que debe realizarse aun contra la voluntad del deudor.

Si se trata de bienes muebles el embargo se los realizará de conformidad a lo que dispone el Código de Procesamiento Civil, que contiene disposiciones especiales.

Tratándose de bienes raíces se tiene que tener presente el artículo 445 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez iniciado el embargo sobre los bienes del deudor, dichos bienes quedan fuera del comercio humano, por cuanto el artículo 1480 del Código Civil dispone en su numeral tercero que hay objeto ilícito en las cosas embargadas por decreto judicial a menos que el Juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello.

El embargo priva al deudor de la administración de sus bienes, la administración corre a cargo del depositario (Artículo 445, inciso tercero del Código de Procedimiento Civil). Pero el embargo no priva al deudor del dominio de sus bienes, porque se trata solo de una medida preventiva, por cuanto el deudor conserva el dominio de sus bienes, hasta el monto de la subasta o venta pública y hasta que se afecte la tradición de la cosa o de los bienes conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. El demandado o deudor, podrá defenderse oponiendo excepciones. Y una vez tramitado el juicio en conformidad al Código de Procedimiento Civil, se dictará sentencia. Y si dispone seguir adelante la ejecución, se procederá a rematar los bienes embargables a fin de que con el producto se les satisfaga del capital, intereses y costas procesales de la cobranza, como lo dispone el artículo 2371 del Código Civil.

Ejecución forzada de las obligaciones de hacer.

Con relación a las obligaciones de hacer, la ejecución forzada de la obligación, no presenta la misma complejidad que en las obligaciones de dar. En algunos casos y tal vez lo más frecuente será la imposibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación, por cuanto al recurrir al procedimiento de ejecución forzada para alcanzar el hecho materia de la obligación se obtendría en una forma defectuosa el cumplimiento de la obligación o no se obtendría.

Un ejemplo característico sería: Forzar a un escritor para que escriba una obra. Forzar a un artista para que pinte un cuadro o forzar a un profesor para que dicte una clase. El empleo ineficaz de esta obligación en un hecho personal del deudor, recurrir al procedimiento de la ejecución forzada. Por lo tanto la naturaleza misma de las obligaciones de hacer ha necesitado modificar y a la vez señalar normas especiales para su ejecución.

El artículo 1569 del Código Civil, previene que si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en **mora**, podrá pedir al acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1. Que se autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor, y,
2. Que el deudor indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

El acreedor podrá optar por cualquiera de estos dos casos, el artículo 1596 es totalmente explícito al respecto. El acreedor podrá pedir a su elección en primer lugar, que se apremie al deudor para la ejecución del hecho pactado o convenio; según el Código de Procedimiento Civil (artículo 445 inciso segundo). Entre nosotros no existe, salvo casos excepcionales, el arresto o apremio personal contra el deudor. No existe además ninguna tabla o arancel de multas, que pudieran ejercer una presión con el ánimo que el deudor pueda ser obligado a ejecutar el hecho pactado. El apremio consiste en un mandamiento del Juez, en fuerza del cual se compele a uno a que haga o cumpla una cosa. Esto es en el caso en que el juez tiene la facultad para fijar el cumplimiento de una obligación.

Si el deudor no ejecuta el hecho debido no obstante al arresto o apremio personal que se le impuso puede entonces el acreedor pedir que se le autorice para hacerlo ejecutar por un tercero, a expensas del deudor. Se ha contratado una obra material, como la construcción de una pared, y el deudor rehusa cumplirla, se le arresta, pero lo más frecuente sucede que se resista al cumplimiento de la obligación. En este caso el acreedor podrá solicitar la autorización correspondiente para, hacer ejecutar por un tercero a expensas del deudor.

Pero este tipo de obligación no siempre es posible, sólo será posible cuando la obligación sea susceptible de realizar por la intervención de otra persona.

Si tiene que tener en cuenta la naturaleza de la obligación tal es el caso que si no puede realizarse la obligación por la intervención de un tercero, por cuanto

las condiciones de lo pactado tienen que ver con respecto a la capacidad individual, las mismas que han sido tomadas en cuenta al momento de contraer la obligación, como sería el caso del ejemplo anterior, de un artista de renombre a quien se lo ha contratado para que pinte una determinada obra, y en el cual han sido sus condiciones individuales la causa determinante del contrato. En este caso el acreedor le corresponde solicitar su derecho que consiste o se relaciona a la indemnización de perjuicios, la que se tramitará en juicio ordinario, ya que para este tipo de juicios es necesario que se evalúe y determine la extensión del derecho del acreedor.

El título II., Sección 2da del Libro II del Código de Procedimiento Civil que empieza con el artículo 413 reglamenta el procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer.

El artículo 415 del Código de Procedimiento Civil dice: **“Para que las obligaciones fundadas en alguno de los títulos expresados en los artículos anteriores, sean exigibles en juicio ejecutivo, deben ser claras, determinadas, líquidas, puras y de plazo vencido cuando haya”**. Además se hace valer para acreditarles algún título que traiga aparejada ejecución en conformidad al artículo 416 del Código de Procedimiento Civil.

El procedimiento señalado por la Ley para proceder a la ejecución forzada de una obligación de hacer es diverso según el caso o hecho debido, ya sea que consista en la suscripción de un documento o en la constitución de una obligación, o en la ejecución de otro hecho cualquiera.

El hecho debido puede consistir en suscribir un instrumento o en constituir una obligación. La obligación de hacer versará sobre este tipo de obligación, el contrato de promesa, esto es cuando una persona promete la celebración de un contrato, contrato que según el artículo 1570 del Código Civil solo produce obligación siempre que concurren las siguientes circunstancias;

1. Que la promesa conste por escrito y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;
2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces.
3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del documento; y
4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido que solo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo 1569 del Código Civil.

Cuando el hecho consista en la suscripción de un documento como en el caso anterior, promesa de celebrar un contrato, la acción por vía ejecutoria se rige por el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, inciso segundo. Este artículo nos permite en alzar que si en la acción ejecutiva que se sigue al deudor, el acreedor solicitará al Juez para que señale un determinado plazo al deudor para que proceda a suscribir el documento o constitución de la obligación, y si el

deudor no lo hiciere, el Juez procederá a suscribir el documento o constituir la obligación a nombre y por cuenta del deudor.

Si el objeto de la obligación de hacer es la ejecución de cualquiera otro hecho material, el procedimiento se regirá de conformidad a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil Art. 440.

Ejecución Forzada de las Obligaciones de no Hacer. El artículo 1571 del Código Civil, señala los derechos del acreedor frente al deudor que viola el hecho prohibido o viola la obligación de no hacer.

Es necesario distinguir si es posible o imposible destruir lo hecho en contravención, y en el primer caso si es necesaria la destrucción.

Si pudiera destruirse lo hecho y fuese **“la destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al celebrar el contrato”**, puede ser compelido el deudor a la destrucción o autorizado al acreedor para proceder a expensas del deudor. En este caso que la destrucción sea posible pero no indispensable, porque el objeto que se tuvo en vista al contratar **“puede obtenerse cumplidamente por otros medios”**²⁷, podrá la obligación cumplirse de una forma o modo equivalente, será oído el deudor que se avenga a cumplir de otra manera que satisfaga al acreedor.

²⁷ . MORALES ALVAREZ, Jorge., **Teoría General de las Obligaciones.**, Universidad de Cuenca., Facultad de Jurisprudencia., Cuenca, 2005.

Con lo expuesto se deducirá que si no es posible destruir lo ejecutado, solo resta al acreedor el derecho de demandar que el deudor le repare los perjuicios ocasionados, (Art. 1571 inciso primero del Código Civil),

Habrá cabida solamente al juicio o procedimiento ejecutivo cuando se trata “de destruir la cosa hecha, con la condición que en el título conste que la destrucción es posible y además indispensable.

La indemnización de Perjuicios. Este derecho de la indemnización de perjuicios da al acreedor a reclamar cuando el deudor cumple de una forma imperfecta o en su efecto cuando no la cumple, por esto nuestra legislación ha contemplado esta norma por cuanto protege el patrimonio del acreedor y al sufrir una lesión en su patrimonio se ve privado de las ventajas que reportan el cumplimiento oportuno de la obligación. Si bien en algunos casos tanto en las obligaciones de hacer o no hacer se torna imposible la ejecución del cumplimiento oportuno de la obligación en beneficio del acreedor, por lo que en estos casos el acreedor sufre una lesión en su patrimonio, ya que de ninguna manera el acreedor puede sufrir una lesión en el patrimonio, lo cual conlleva a que el legislador se ha permitido insertar en el Código Civil leyes de carácter especial con el fin de reparar los daños sufridos por el incumplimiento de la obligación, y;

Esta reparación consiste en la indemnización de perjuicios, que es uno de los efectos de las obligaciones que se conciben en beneficio del acreedor.

Arturo Alessandri Rodríguez dice **”La indemnización de perjuicios puede definirse, según esto, como el derecho que tiene el acreedor para exigir**

del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación”²⁸

Los preceptos que este derecho de la indemnización de perjuicios vienen a ser la sanción que nuestro Código Civil desea imponer al que obra en contra de lo convenido con respecto a una obligación, al deudor que incumple o falta al compromiso. **“Por otro lado esto sintetiza en lo siguiente ninguna persona puede ser lesionada en su patrimonio por un acto ajeno”²⁹**. De este modo la indemnización de perjuicios es; el beneficio que el acreedor habría obtenido por el oportuno cumplimiento de la obligación.

La ejecución forzada procede respecto de las obligaciones contractuales, cuasicontractuales, delictuales, cuasidelictuales y concretamente las legales.

Nuestro Código Civil ha estipulado una reglamentación con respecto a la indemnización de perjuicios en cuanto concierne a materia delictual y cuasidelictual como se puede apreciar del artículo 2215 y siguientes, en la cual existe un predominio con respecto a una ley especial prevalece ésta a la general.

Todas estas reglas se encuentran contenidas en el título de los efectos de las obligaciones pero solo son aplicables en el caso de las obligaciones

²⁸ . ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo., Obra citada
²⁹ . Obra citada.

contractuales y legales y, las otras fuentes del artículo 2317 y siguientes del Código Civil.

Conforme lo dispone el artículo 1572, ya prevengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

De este artículo se puede deducir que la indemnización de daños y perjuicios se encuentran dos grupos o dos clases; que son la Compensatoria y la Moratoria, en los dos primeros casos en los cuales logré referirme; es moratoria cuando se ha producido el retardo del cumplimiento de la obligación. La indemnización compensatoria consiste en una determinada cantidad de dinero que tiene derecho el acreedor con el exclusivo fin de obligar al deudor cuando cumpla de una forma imperfecta, o cuando no la cumple.

La compensación tiene ese nombre por cuanto se trata de un derecho cuando el acreedor sufre una lesión en su patrimonio por el incumplimiento total o parcial de la obligación. En este caso se mantiene la obligación, pero se altera el objeto o cosa que fue motivo del cual lograron convenirse las partes acreedor y deudor, por cuanto no va a poderse ejecutar pero se va sustituir por la indemnización de perjuicios en reemplazo del objeto debido (Art. 1688 del Código Civil inciso primero).

Con respecto a la obligación es de hacer y de no hacer el acreedor está en el derecho de reclamar ambas cosas; es decir el cumplimiento de la obligación o la

indemnización de perjuicios; de conformidad a los artículos 1569 y 1571 del Código Civil, que dan la facultad de ejercer estos derechos en forma alternativa.

Mientras que en las obligaciones de dar existe una complejidad en el sentido de solicitar el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios por lo que la ley no da para este tipo de obligaciones el solicitar o reclamar las dos cosas en una forma alternativa. El acreedor está en el derecho de solamente pedir el cumplimiento de la obligación, por cuanto existe entre acreedor y deudor un convenio que el deudor contrajo una obligación y se obliga el cumplimiento de la misma. Estas reglas especiales que nuestra legislación inserta disposiciones para este tipo de obligaciones en las cuales se logra unificar el criterio expuesto como se puede evidenciar en el artículo 1571 del Código Civil, que se basa exclusivamente en cuanto respecta a las obligaciones de hacer, el artículo 1505 del Código Civil dispone **“Que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado”**.

Pero en otro caso, podrá el otro contratante, pedir, a su arbitrio, o a la resolución o el incumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. Y corrobora el caso de la cláusula penal que la ley da facultad al acreedor para que exija la pena o la obligación principal, en la que el acreedor no habría podido reclamar ambas cosas indistintas. Por lo que se puede evidenciar la disposición de la Ley no autoriza al acreedor de obligación de perjuicios. (Art. 1553 del Código Civil).

Como se puede apreciar con respecto a este artículo el acreedor tendrá derecho a exigir la obligación principal o la pena.

Arturo Alessandri Rodríguez manifiesta **“Con respecto a la indemnización moratorias. Se llama moratoria porque indemniza los perjuicios derivados de la mora, es decir, del cumplimiento inoportuno de la obligación. El deudor no solo está obligado a cumplir la obligación en forma íntegra y efectiva, sino en el tiempo convenido; si el deudor no cumple su obligación dentro de ese tiempo, cae en mora y tiene lugar entonces la indemnización de perjuicios moratoria”**.³⁰

Según este concepto la indemnización moratoria se puede deducir en lo siguiente: la indemnización de perjuicios viene a suplantar el objeto directo de la obligación, por lo que el acreedor no puede solicitar el cumplimiento de la obligación principal y la indemnización de perjuicios, solo está en la capacidad de pedir una de las dos.

Mientras que en la indemnización moratoria ocurre lo contrario es decir, que se puede acumular, la obligación con la indemnización moratoria por cuanto no subsiste al objeto de la obligación sino que esto viene a constituir el beneficio que le habría reportado de la entrega oportuna de la cosa.

Desde este punto de vista se puede observar que tanto la indemnización compensatoria y moratoria, cumplen casos de distinta índole, a la primera le

³⁰ . ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Obra citada

corresponde reparar daños mientras que la otra puede acumular las dos cosas por cuanto esta resulta de la ejecución de hechos diversos.

El artículo 1569 del Código Civil indica que: “ **Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya....etc.** Y el artículo 1688 del mismo Código, expresa: “**Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor está obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor**”. “**Sin embargo, si el deudor está en mora y el cuerpo cierto que se debe perece en poder del acreedor, sólo se deberá la indemnización de los perjuicios de la mora**”.

Pero si el caso fortuito pudo no haber sucedido igualmente en poder del acreedor se debe el precio de la cosa y los perjuicios de la mora”.³¹

Es necesario puntualizar las cuatro clases de requisitos al cual se refiere Arturo Alessandri Rodríguez en los siguientes términos “**Sea la indemnización compensatoria o sea, moratoria para que el acreedor pueda exigirla, porque tiene derecho a cobrar perjuicios a su deudor por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o por incumplimiento total o parcial de la misma, es menester que concurren copulativamente cuatro requisitos: 1) Que haya infracción sin la obligación por parte del deudor, o sea que éste no cumpla la obligación, o que la cumpla en parte, o que la cumpla tardíamente; 2) Que esta infracción de la obligación le haya causado un perjuicio al**

³¹ . Código Civil del Ecuador.

acreedor; 3) **Que esta infracción de la obligación sea imputable al deudor y,**
4) **Que el deudor esté constituido en mora**”³².

Primer requisito. El fundamento principal de este primer requisito constituye que el deudor no cumpla su obligación. Puesto que existirá inobservancia de conformidad como lo dispone el artículo 1572 del Código Civil, en sus tres casos, **“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de no haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”**.

Segundo requisito. Para que este requisito pueda proceder al reclamo del acreedor, éste debe adquirir un perjuicio en su patrimonio.

Arturo Alessandri Rodríguez dice **“Se entiende por perjuicio toda disminución experimentada en el patrimonio del acreedor, sea que consista en una pérdida real y efectiva, sea que consista en la pérdida de una ventaja”**.³³

De ahí que el incumplimiento de una obligación que no reporte perjuicios al acreedor no da facultad para exigir indemnización de perjuicios.

De esto se deduce que para producir el reclamo de los perjuicios deben demostrarse o ser probados por el acreedor. **“Incumbe probar las obligaciones o su intención al que alega aquellas o esta”**. (Art. 1715 del Código Civil).

³² . ALESSANDRI RODRÍGUEZ, , Obra citada
³³ . Obra citada.

Claro está que el acreedor que deduce que ha soportado un daño en su patrimonio es quien debe establecer la extensión de ese daño.

Existen dos excepciones: la una se relaciona a la cláusula penal a que se refiere el artículo 1558 del Código Civil y la segunda excepción es la regla del numeral segundo del artículo 1575 del Código Civil.

En cuanto concierna al monto de los perjuicios, podrá deliberar en el mismo juicio en que se cobran o en uno posterior, de conformidad al artículo 1662 del Código de Procedimiento Civil.

Tercer requisito. Consiste en que la inobservancia del deudor puede ser imputable a éste, por cuanto el hecho deriva del deudor.

Pueden tres clases de obstáculos contraponerse al cumplimiento de una obligación. El Caso Fortuito, La Culpa y el Dolo.

El caso fortuito es un hecho totalmente ajeno a la voluntad, mientras que la culpa y el dolo emanan de un hecho. En cuanto concierne al caso fortuito lo exime de cualquier clase de responsabilidad al deudor, pero en cuanto al dolo y a la culpa no lo exonera al deudor sino lo agravan.

Las fuentes de las obligaciones en las legislaciones modernas y en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las leyes modernas, han asimilado la típica clasificación proveniente del Derecho romano, y suelen distinguir en dos grupos de obligaciones, que son las nacidas del contrato y las que tienen su fuente en un acto ilícito, si bien hay algunos Códigos que al lado de estas dos categorías, proponen otras fuentes específicas.

Sabemos que muchos códigos civiles latinoamericanos siguen la doctrina clásica en la cual se inspiró el Código Civil Francés, el que dividió las obligaciones en dos grandes grupos:

- a) Las que surgen del acuerdo de las partes –convencionales.; y,
- b) Las que nacen sin convención.

“A las obligaciones del primer grupo se las llama Obligation y a las del segundo grupo se las denomina Engagement. La fuente de las primeras obligaciones era el contrato, de las segundas los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.”³⁴

³⁴ . Código Civil., Frances

Para el Derecho Argentino **“las obligaciones nacen siempre de un hecho generador al que la voluntad de las partes, o su obrar voluntario o involuntario, la ley encuadra en tipos, que la doctrina italiana denomina farrispeci, a los que asigna consecuencias jurídicas”**.³⁵

Por ejemplo, el artículo 910 del Código Civil argentino establece que nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto. En caso de que alguien se haya constituido en acreedor de otro, entonces tendrá el derecho de exigir la prestación pactada.

Es más, el artículo 499 del Código Civil argentino establece el siguiente principio: **“No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles”**.

Por su parte, Horacio Pedro Guillén señala como fuentes de las obligaciones en el ordenamiento jurídico argentino al contrato, cuasicontrato, al delito civil, el cuasidelito y, además sostiene que:

Se consideran fuentes nominadas el abuso del derecho (art. 1071 C.Civ. Argentino) y el enriquecimiento sin causa. También la equidad (art. 907 C. Civ. Argentino), mencionada por algunos autores. Todas ellas encuentran, en realidad,

³⁵ . Código Civil argentino., Art. 909

su razón en la ley. Se suele agregar, también, la gestión de negocios, ya mencionada dentro de los cuasicontratos, así como la voluntad unilateral.

De la misma manera, en el derecho Civil mexicano, como ya se dijo anteriormente, la primera fuente de las obligaciones se subdivide en el hecho jurídico, y de los actos jurídicos, que pueden ser lícitos o ilícitos.

En este orden de ideas, los hechos voluntario lícitos son identificados por la doctrina mexicana como cuasicontratos y abarcan 3 fuentes que son: la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa justificada.

Por consiguiente, vemos que a diferencia de la clasificación argentina, algunos de estos tipos de fuentes, como el enriquecimiento sin causa, son considerados como cuasicontratos, mientras que en la concepción argentina son considerados como unas fuentes peculiares o distintas de los cuasicontratos.

La clasificación mexicana indica que respecto a los hechos voluntarios ilícitos se contempla a las fuentes de: **“el hecho ilícito, el riesgo creado, la responsabilidad civil por hechos ajenos, por hechos de los animales o a causa de las cosas, así como el daño moral.”**³⁶ Clasificación, como vemos, algo confusa, no es clara; en cuanto en la doctrina dominante se consideraría como cuasidelitos a estas fuentes que en México son denominadas como hechos voluntarios ilícitos.

³⁶ . Derecho Civil Mexicano

Los mexicanos, “en cuanto al acto jurídico como fuente de las obligaciones, como categoría crea dos figuras: el contrato y la declaración unilateral de la voluntad.” Como podemos observar, de nuevo, esta clasificación es diferente con la que hace el Derecho argentino y es diferente también de lo que se ha hecho en Colombia, Ecuador y Chile, como veremos posteriormente en este mismo capítulo.

Debemos señalar que esta clasificación hecha por el ordenamiento jurídico mexicano puede ser algo confusa y está más apegada a la clasificación proveniente del derecho de los Negocios Jurídicos y, por lo tanto, no nace, precisamente, de una clasificación propia del Derecho Civil de las obligaciones.

Además, no podemos dejar de mencionar, sin embargo, que esta enunciación de fuentes de obligaciones civiles no es limitativa, ya que en palabras del tratadista mexicano Pérez Bautista: “...**existen otras instituciones (como el testamento, la sentencia judicial, los laudos arbitrales, los acuerdos corporativos, entre otras) que también generan obligaciones pero que la ley no les ha dado ese carácter en forma expresa...**”³⁷

Por otro lado, otro análisis sobre esta clasificación que hace el Código Civil de México, nos lleva a la conclusión que éste se ha hecho de acuerdo a las teorías más actuales, y por lo tanto es un avance conceptual en cuanto a lo que hacen especialmente los códigos civiles chileno, colombiano y ecuatoriano; y que por lo demás, es distinto a la clasificación del Derecho Civil argentino.

³⁷ . Citado por MEZA RAMOS Ramón., en **Manual de Derecho Civil.- DE LAS OBLIGACIONES..** Editorial Jurídica. Chile., 1995.

Como hemos observado, todas estas clasificaciones son interesantes, pero no profundizaremos en todos los elementos de las mismas, sino que esperaremos el momento adecuado para profundizar y analizar en lo que respecta a la clasificación del enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones, lo que se hará luego de tener una perspectiva general del asunto en las distintas legislaciones que trataremos aquí.

Por otro lado, y continuando con nuestro análisis, sabemos que el Código Civil Chileno fue base de la legislación civil ecuatoriana y por lo tanto la división de las fuentes de las obligaciones tiende a ser casi exactamente la misma. Así, el tratadista venezolano-chileno Andrés Bello, en los artículos 1437 y 2287 del Código Civil Chileno decía que:

[...] las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones- ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos- ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos. Ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.³⁸

Antes de analizar lo antes mencionado, cabe señalarse que el artículo 1437 del Código Civil Chileno es muy similar al artículo 1426 del Código Civil Ecuatoriano.

³⁸ . Código Civil chileno

Dicho esto, entonces, de lo citado podemos entender claramente que: primero, las obligaciones que se contraen sin convención nacen o de la ley o del hecho voluntario de las partes; segundo, que las que nacen de la ley se expresan en ella; tercero, que si el hecho de que nacen es lícito constituye un cuasicontrato; y finalmente, si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito; ya que si es cometido con intención de irrogar perjuicio se trata de un delito.

Todo lo que aquí ha quedado establecido es de total claridad para una persona que ha estudiado Derecho y ha tomado la clase de obligaciones; por lo tanto, no existe discusión en este sentido y no es de nuestro interés generar más amplitud y discurrir en otras consideraciones que solamente tienden a alargar el texto y nos distraen de nuestro fin principal en este trabajo académico.

Continuando con nuestro análisis, Andrés Bello, entonces, clasifica las fuentes de las obligaciones en:

- 1.- En las obligaciones con acuerdo de voluntades, el contrato.
- 2.- En las que se contraen sin que medie convención si es lícito, los cuasicontratos, si es ilícito los delitos y cuasidelitos; y,
- 3.- La ley.

Esa es la concepción clásica usada en los Códigos civiles que se derivan de las concepciones del Código Civil Chileno de Andrés Bello, pero, por otra parte, debemos mencionar que:

La doctrina moderna ha cuestionado la clasificación anterior de las obligaciones y en este sentido los autores manifiestan que éstas nacen:

- a) Del acto jurídico;
- b) Del acto ilícito,
- c) Del enriquecimiento sin causa; y,
- d) De la ley.

“Para el Derecho Civil Colombiano son cinco las fuentes de las obligaciones a saber: El contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley, según se desprende del artículo 1494 del C.C.”³⁹

En el Código Civil Colombiano el artículo 1494 expresa lo siguiente:

“Art. 1494.- FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. 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; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

Ospina Fernández al respecto sostiene, que el Código Civil Colombiano, **“a imitación del francés y, en general, de los del siglo pasado, dedica varios de sus artículos a la relación y definición de las diversas fuentes de las obligaciones por él recogidas.”**⁴⁰ Cabe decir aquí que el artículo 1494 del Código

³⁹ . Código Civil colombiano.

⁴⁰ . Citado por MEZA BARROS., Obra citada

Civil colombiano es prácticamente idéntico al artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano en actual vigencia.

Analizando el artículo 1494, Ospina asegura que esa enumeración de las fuentes de las obligaciones implica que el Código Civil colombiano ha consagrado la teoría clásica elaborada por los intérpretes del derecho romano, prohibida por Pothier y, en general por los civilistas de los siglos XVIII y XIX. Lo mismo se aplica, entonces, al artículo 1426 del Código Civil ecuatoriano. Por otro lado, el autor colombiano manifiesta que desde entonces, ha existido un intenso movimiento y actividad doctrinal al respecto y por lo tanto, certeras críticas se han formulado contra esta clasificación de las fuentes de las obligaciones; por lo tanto, es evidente que hayan surgido diversas teorías para reemplazarla.

Pero, antes de analizar más detenidamente estas nuevas tendencias en cuanto a la clasificación de las obligaciones, veamos primero las fuentes de las obligaciones en Derecho Civil ecuatoriano.

Sobre la clasificación que hace el Código Civil ecuatoriano no entraremos a una profunda discusión, sin embargo, al final del presente capítulo presentaremos nuestro análisis correspondiente y nuestras críticas, en general y proponiendo ideas, sobre todo en lo que tiene que ver con la consideración del enriquecimiento injustificado como una posible fuente de las obligaciones, esto servirá de arranque para entrar definitivamente al tema central de la presente obra.

Dice Luis Parraguez Ruiz: “El Art. 1480 (actual artículo 1453) del Código Civil del Ecuador reconoce cinco fuentes obligacionales: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.” Nuestro Código Civil, en el libro IV artículo 1453, establece:

Art. 1453.- 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. (Las negrillas son mías.)

No nos queda más que decir sobre esta clasificación que no se haya dicho antes de la clasificación colombiana y de la chilena que son prácticamente las mismas. Sin embargo, debemos señalar, que antes de realizar la crítica y análisis de esta clasificación, que las cinco fuentes antes mencionadas no se profundizarán aquí, sino en lo que concierne en relación al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones.⁴¹

Para concluir este análisis, es importante hacer notar que tanto para el Código Civil ecuatoriano, como para el colombiano y el chileno, no existe una norma que establezca al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones. Algunos autores la han clasificado dentro de los cuasicontratos , aunque tampoco existe ninguna norma expresa que determine al enriquecimiento

⁴¹ . PARRAGUEZ RUIZ Arturo., **Apuntes de Código Civil., Tomo II., Obligaciones.,** Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.

injustificado o sin causa, ni siquiera como principio en las codificaciones civiles de estos países, a diferencia de otras legislaciones de Latinoamérica, como la peruana, boliviana y también la legislación mexicana y argentina.

LA MORA Y SUS CARACTERÍSTICAS.

LA MORA CONCEPTO Y CARACTERES.

Si bien el estudio de la mora vine a constituir la parte más interesante en lo que respecta al estudio dentro del campo del Derecho Civil, este estudio es el que concierne al cuarto requisito con la indemnización de perjuicios, que se exige que el deudor, para ser responsable de perjuicios, debe encontrarse en mora. Este requisito está expresamente formulado en el artículo 1573 del Código Civil, y está corroborada por el artículo 1554 del mismo Código, que al referirse a la cláusula penal, que se trata de una indemnización pactada anticipadamente por las partes.

Como se puede apreciar la disposición del artículo 1573 del Código Civil, no distingue entre indemnización compensatoria o moratoria, sino que habla exclusivamente de indemnización de perjuicios, y como el artículo 1581 del citado Código tampoco distingue entre las penas moratorias o compensatorias, se tiene que llegar a una forzosa conclusión, aplicando el proverbio que *“donde la ley no distingue no le es lícito al hombre distinguir”*, de que las dos indemnizaciones de perjuicios sea moratoria o compensatoria, necesita la Constitución de mora del deudor; y, como advertimos, por la fuerza de las cosas y

por razones claras, si la obligación es de no hacer; hay una excepción no se requiere mora para pedir indemnización de perjuicios sino que basta que la obligación controvertida.

A la mora se la puede definir que es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, más allá del tiempo determinado por la manifestación de la voluntad del acreedor. Pero no obstante en el Derecho son dos cosas diversas e inconfundibles la mora y el retardo. El retraso constituye el simple atraso en el cumplimiento de la obligación más allá del término fijado por la Ley, mientras que la mora es el retardo perjudicial al acreedor, el atraso más allá del tiempo fijado por la voluntad del acreedor. La palabra retardo es genérica comprende todo atraso en el cumplimiento de la obligación; la palabra mora es específica, se refiere a un determinado retardo, al que perjudica al acreedor, y por consiguiente mientras todo retardo no es mora, toda mora es retardo y a ella alude el artículo 1567 del Código Civil.

La distinción de la mora y el retardo se encuentra precisados en nuestro Código Civil, el hablar de la cláusula penal en los artículos 1553 y 1554 del citado cuerpo de Leyes. **“Antes de constituirse en mora el deudor, existe otro estado jurídico que no es la mora hay un estado jurídico en que puede exigirse la obligación principal y en el cual, sin embargo, no podrían exigirse los perjuicios. Ese Estado jurídico que corre entre la obligación y la constitución en mora del deudor, es el retardo”**.⁴²

⁴² . MORALES ALVAREZ Jorge., **Teoría General de las Obligaciones.**, Obra citada

“Pone en evidencia otra cosa, que no es lo mismo que la constitución en mora del deudor, la exigibilidad de una obligación; una y otra son estados diferentes, y para que proceda la indemnización de perjuicios, no es necesario que la obligación sea exigible, sino que es menester que el deudo esté constituido en mora”.⁴³

Por lo que el deudor no puede exigir indemnización de perjuicios, cuando solo hay retardo, puesto que esto pone en evidencia que no son una misma cosa en el Derecho. La exigibilidad de una obligación y la constitución en mora del deudor, puesto que una obligación sea exigible no quiere decir que el deudor esté constituido en mora; puede existir una obligación exigible sin que el deudor esté constituido en mora, y esta apreciación fluye de los artículos 1553 y 1554 del Código Civil. Si la mora y la exigibilidad de una obligación fueran una misma cosa, se concebiría que pudiera exigirse la obligación antes de constituirse en el deudor en mora.

Se trata de dos instituciones que provienen de causas diversas; una obligación es exigible desde que no haya plazo ni condición suspensiva pendiente que retarde sus efectos desde el instante que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor la obligación es exigible. En cambio existe mora de parte del deudor cuando no ha cumplido su obligación dentro de la época señalada por la manifestación de voluntad del acreedor.

⁴³ . Obra citada

En su numeral primero del artículo 1567 del Código Civil existe un caso en que coinciden y se confunden la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora del deudor, ese caso ocurre cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término convenido. Esa obligación pasa a ser en ese mismo momento exigible, claro está de advertir que la consecuencia de que en un mismo hecho de origen a dos situaciones diversas, pero que de ninguna manera puede confundirse la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora.

Con relación a este caso la Ley contempla en la segunda parte del artículo 1565 del Código Civil numeral primero, que no basta el vencimiento del plazo para que el deudor esté en mora, y sin embargo, la obligación es exigible por qué?, porque en estos casos el vencimiento del plazo, si bien tiene la virtud de hacer exigible la obligación, no tiene la virtud de constituir en mora el deudor, un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 1890 del Código Civil, al hablar de la mora del arrendatario.

El fundamento del artículo 1573 del Código Civil, consiste que la indemnización de perjuicios se debe desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora, la constitución de la mora no es lo mismo que la exigibilidad de la obligación para que el acreedor pueda pedirle o solicitarle la indemnización de perjuicios es requisito esencial la constitución de mora por parte del deudor.

Efectos de la mora.

En la mora pueden contravenir tanto el acreedor como el deudor, el deudor al no cumplir su obligación al no cumplirlo oportunamente la prestación de vida; el acreedor al no recibir en el tiempo oportuno la cosa que el deudor debe de entregar.

Los efectos que produce la mora del deudor son: en primer lugar a exigir indemnización de perjuicios, con arreglo al artículo 1573 del Código Civil, y este es el efecto fundamental y característico de la mora; segundamente hacer responsable al deudor del caso fortuito sobrevenido durante su mora, en conformidad a los artículos 1590 y 1688 del código Civil, salvo que el caso fortuito sea de aquellos que habrían sobrevenido igualmente si la cosa se hubiera encontrado en poder del acreedor, y tercera poner a cargo del deudor los riesgos del cuerpo cierto, cuya entrega se deba, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1566 del Código Civil.

Una vez analizada la mora del deudor, analizaremos la mora del acreedor.

“Si el deudor esté, en la obligación de entregar oportunamente, incurriendo en este caso contrario en mora, el acreedor tiene por su parte la obligación, consecuencia de aquella, de recibir en la debida oportunidad lo que el deudor lo entregue, porque si acto de entregar supone el acto de parte

del deudor, de tomar la cosa y darla al acreedor y supone de este último de recibir para sí lo que aquel le entrega”⁴⁴.

Pueden existir casos en que el acreedor se niegue a recibir la cosa que el deudor debe entregarle, que no se presente a recibirla, que no comparezca al acto de la entrega, y deje al deudor en la imposibilidad de satisfacer su necesidad. La situación a que da origen esta actitud del acreedor es lo que constituye la mora del acreedor, o sea la resistencia negativa del acreedor a recibir la cosa, mora a la que se refieren los artículos 1696 y 1767 del Código Civil.

El artículo 1567 del Código Civil, nos manifiesta en el sentido desde cuando está el deudor en mora, pero no dice cuando lo está el acreedor. La ley ha normado el pago por consignación solo como una manera de descargar al deudor para llegar al cumplimiento de la obligación cuando el acreedor se niega de recibir lo que el deudor le debe. Hay que precisar dentro de los preceptos legales cuando se produce esta situación jurídica denomina mora del acreedor.

El acreedor queda colocado en mora de recibir únicamente después que la cosa le ha sido ofrecida por el deudor. Esto manifiesta de conformidad al artículo 1696 del Código Civil que determina los efectos que produce la mora del acreedor. A la vez que indica como punto inicial para que ese efecto se produzca, la oferta de la cosa al acreedor. Si recurrimos a los artículos 1564 y 1767 del Código Civil, llegamos a la misma solución, el artículo 1564 no hace sino

⁴⁴ . MORALES ALVAREZ., Obra citada

consignar la regla del artículo 1696, y el artículo 1767 del Código Civil vuelve otra vez a decir lo mismo.

Qué efecto atribuye a la mora del acreedor los artículos 1564 y 1767 del Código Civil, son el mismo efecto que le atribuye el artículo 1696 del mismo cuerpo de leyes, una vez que el deudor haya ofrecido la cosa al acreedor y éste no quiera recibirla. Si los efectos en los tres artículos son similares o iguales, se debe exclusivamente por cuanto se trata de la misma causa, de donde se llega a la conclusión de que la ley entiende por mora del acreedor lo que ocurre únicamente después que la cosa le ha sido ofrecida por el deudor.

Para todo lo que hemos manifestado es necesario que exista, mora del acreedor que él tenga la intención previa de entregar la cosa, porque el acto de recibir es consecuencia del acto de entregar. Si el deudor por su parte, no hace ademán de entregar, no puede saberse que el acreedor quiera o no recibir la cosa.

De ahí que la única manera para constituir en mora al acreedor en la legislación Ecuatoriana, es mediante el ofrecimiento que el deudor debe hacerle de la cosa al acreedor y el acreedor por parte de éste de recibir.

Existen criterios diversos en el sentido que para constituir en mora al acreedor es necesario la consignación que no basta la simple oferta por parte del deudor, sino que es menester que se proceda la consignación válida de la cosa.

El pago por consignante es una forma de extinguir una obligación cuando el acreedor no comparece a recibirla o repudia la recepción⁴⁵.

El artículo 1696 del Código Civil, por lo demás no habla de consignación habla de oferta. De modo que hay retardo para la ley en recibir la cosa desde el momento, el citado artículo manifiesta en que ha sido ofrecida, y además ese momento el deudor se encuentra constituido en mora.

Hay varias razones para afirmar que la simple oferta del deudor, sin necesidad de consignación, para constituir en mora al acreedor. El pago por consignación tiene como finalidad extinguirse una obligación, finalidad que la ley ha previsto para los casos en que el acreedor no desea, decir la cosa; la ley ha establecido un procedimiento especial a fin de descargar al deudor de responsabilidad. Tal es el caso el pago por consignación, pago que produce los mismos efectos, según la Ley, que si se trata de un pago efectivo normal. La mora es el retardo en el cumplimiento de una obligación, es aquella situación jurídica que produce entre la época en que debió cumplirse y la época en que realmente se cumple; junto con entregarse deja la cosa, deja de haber mora; la hubo, pero desde ese momento ya no la hay; desde el momento mismo en que la obligación se ejecuta, deja de haber mora, y solo hay ejecución de la obligación. Finalmente, el artículo 1568 del Código Civil, es otro argumento que sirve como prueba y fundamento que dan testimonio sobre el análisis que se sustenta.

⁴⁵ . Lo remarcado es del autor

En los contratos bilaterales, para que uno de los contratantes esté constituido en mora, es necesario que el otro, por su parte, cumpla o se allane a cumplir, pues la ley no exige que cumpla basta que se allane a cumplir; de modo que para que el deudor constituya en mora al acreedor no es necesario que le entregue la cosa, hasta que se allane a entregarla.

El artículo 1696 del Código Civil, se base exclusivamente en cuanto tiene que ver con la cosa que haya sido ofrecida; no trata del pago por consignación; sino por su criterio se basa en saber si el deudor quiere o no recibir.

En cuanto respecta a los efectos que produce la mora del acreedor son los siguientes:

1. Descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa, por lo que el deudor no responde de los daños y deterioros que sobrevengan.
2. El deudor solo es responsable del deterioro que provenga de su culpa grave o doble;
3. El deudor tiene derecho a reclamar del acreedor la indemnización de los perjuicios consiguientes al no cumplimiento de la obligación. De conformidad con la disposición de los artículos 1564, 1696 y 1767 del Código Civil.

Cuando se produce la mora?

Es claro de advertir que el Código Civil Ecuatoriano no ha definido la mora; el artículo 1567 del Código Civil se limita a señalar los casos en que el

deudor se halla constituido en mora, aplicando todo lo que anteriormente expuse acerca de lo que es la mora y cuáles son los requisitos necesarios para constituir en mora al deudor.

Manifiesta el artículo **“El deudor está en mora: 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al acreedor para constituirlo en mora; 2.- Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y, 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”**.⁴⁶

La regla general en la Legislación Ecuatoriana es la del numeral tercero del artículo 1567 del Código Civil, como se deduce de la frase **“En los demás casos”**; las reglas primera y segunda son casos de excepción, entonces al regla del numeral tercero se aplica cada vez que no sea factible aplicar la de los numerales uno y dos como consecuencia de esto se deduce que constituyendo los numerales uno y dos del artículo 1567 una excepción, como preceptos de excepción deben interpretarse restrictivamente, y no deben aplicarse sino a los casos a que especialmente se refieren esos números.

Por consiguiente es necesario realizar un análisis de cada uno de los tres numerales que el artículo 1567 del Código Civil propone; para lo cual examinaremos en su orden:

⁴⁶ . CODIGO CIVIL DEL ECUADOR., Artículo, 1567

El numeral primero del artículo 1567 dice: **“Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora”**.⁴⁷

De este numeral se deduce que si en un contrato se ha determinado un plazo o término para su normal cumplimiento en la obligación, el deudor queda constituido en mora sin necesidad de requerimiento judicial, por el solo vencimiento del plazo, Luis debe pagarle a Rubén mil dólares, el 01 de enero; basta que haya llegado el 01 de enero sin que Luis pague los mil dólares a Rubén, para que quede constituido en mora de conformidad al numeral primero del artículo 1567 del Código Civil Ecuatoriano.

En ningún momento se alteran los principios de la mora? Por la razón de que existe un requerimiento en el instante mismo en que convinieron el acreedor y el deudor en los contratos **“Usted debe cumplir su obligación en tal época en que necesito el cumplimiento útil de la obligación”**⁴⁸.

Para que proceda la disposición del numeral primero del artículo 1567 del Código Civil, es necesario que se trate de un plazo en el que han convenido y obedezca a la voluntad del deudor y acreedor. Por lo que si el deudor deja pasar el plazo legal, el que la ley ha señalado, pero las partes no han fijado cabría hablar de mora, y entonces se tendría que recurrir al numeral tercero del artículo 1567 del Código Civil.

⁴⁷ . Código Civil del Ecuador.

⁴⁸ . Lo remarcado es del autor.

La regla del numeral uno del artículo antes citado tiene algunas excepciones el mismo numeral manifiesta que **“Salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”**.

Existen casos en los cuales el más sencillo vencimiento del plazo estipulado en el contrato basta para constituir en mora al deudor, es menester que con posterioridad al vencimiento, el deudor realice una nueva manifestación de voluntad. Esto acaece cuando dice el numeral primero del artículo 1567 **“salvo que la Ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora”**. Es lo que sucede con la disposición del artículo 1554 del Código Civil, que pudiera aparecer a primera vista, en contradicción con el artículo 1567, numeral primero, porque dice **“Háyase o no estipulado un término dentro del cual debe cumplirse la obligación principal,, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva”** (inciso primero), Este artículo se refiere, precisamente a aquel en el que el simple vencimiento del plazo basta para constituir en mora al deudor, al mismo caso a que se refiere la segunda parte del numeral primero del artículo 1567. La ley por razones de conveniencia dispuso que en algunos casos, no basta la simple estipulación de las partes en el contrato para constituir en mora al deudor en caso de incumplimiento y que es menester un nuevo requerimiento de parte del deudor. Así sucede con el artículo 1890 y así mismo ocurre con el artículo 1545 del Código Civil, y de igual forma ocurre con el artículo 43, del Código de Comercio en materia de protesto de letras de cambio; el aceptante de una letra de cambio no está en mora de pagarla por el solo hecho de que en su vencimiento no la pague,

sino que es necesario un nuevo requerimiento, el protesto, y solo una vez protestada la letra se deberán los intereses penales correspondientes.

En el numeral primero del artículo 1567 del Código Civil cabría hacer una interrogante en el sentido de que dicho numeral tiene su aplicación en lo que concierne a las obligaciones condicionales de condición suspensiva una vez que ésta ha sido cumplida. La respuesta sería no porque el numeral primero del artículo en estudio exige un plazo y no una condición. Así resulta de infinitos artículos del Código Civil, que pone de manifiesto que no es lo mismo el vencimiento del plazo que el cumplimiento de una condición, el artículo 2094 del Código Civil, contenido en el título del mandato como el artículo 1567 debe ser interpretado restrictivamente, no puede aplicarse fuera de los casos a que se refiere, haya que llegar a la conclusión que no siendo el término y la condición una misma cosa, la Ley al hablar de término no ha querido referirse al vencimiento de una condición.

Con toda la argumentación antes indicada o antes expuesta en las obligaciones de condición suspensiva, la constitución en mora del deudor se rige, no por el numeral primero, sino por el numeral tercero del artículo 1567 del Código civil.

Otro caso es un testamento el testador dice: **Lego a Juan mil dólares para que mis herederos se los paguen dos años después de mi muerte.** Llegan los dos años determinados por el testador y los herederos no pagan a Juan los mil dólares a Juan. De este ejemplo resulta preguntarse, si los herederos están en

mora. Para lo cual el artículo 1567, numeral primero indica “**dentro del término estipulado**”, de ahí que no se trata de cualquier término el que basta su vencimiento para constituir en mora al deudor, sino que el término estipulado y el vocablo **estipulado** en su sentido natural y claro, es sinónimo de pactar, convenir, de contratar. Luego el artículo 1594, en su numeral primero, se refiere al plazo convenido, al plazo pactado por las partes, al que resulta del acuerdo entre el deudor y el acreedor y no del que proviene de una voluntad unilateral.

Existe una razón más en lo que valdría la pena analizar para descartar cualquier duda. Quien debe requerir al deudor para constituirlo en mora es el acreedor, por cuanto su requerimiento consiste en la manifestación que hace el acreedor de que el incumplimiento de su obligación lo perjudica, y en el caso antes citado, en relación al legado el requerimiento del acreedor al deudor ha requerido el acreedor. No ha hecho el requerimiento y sin ese requerimiento no cabe o no puede haber mora.

Se puede llegar a un feliz remate lógico que en las obligaciones testamentarias, aunque se señale un plazo para el cumplimiento de la obligación, el deudor no queda constituido en mora por el simple vencimiento del plazo, sino mediante la reconvención judicial del legatario. En otras palabras la mora en el caso de las obligaciones testamentarias no se rigen por el numeral primero del artículo 1567, sino por el numeral tercero del citado artículo.

Esta materia ha sido debatida por los Tribunales de Justicia y la Corte Nacional resolvió en una sentencia la misma que se halla publicada en el

Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tomo VIII, editada en el año 1979, en la cual existe una recopilación de la totalidad de las resoluciones de las Cinco Salas del Tribunal Supremo de Justicia, página 404; dicha recopilación pertenece al Dr. Galo Espinosa M., que dice así : “ **el plazo en que el contratista debió terminar la obra, según aparece en la cláusula sexta del contrato que las partes suscribieron el 30 de octubre de 1970 en esa ciudad, fue de 60 días laborables, contados a partir de la fecha de pago de la primera cuota, hecho ocurrido en el mes de noviembre de 1970, según consta del comprobante de fojas 30. Por manera que el 23 de febrero de 1972 en que se citó la demanda el plazo estaba vencido con notable exceso sin que de autos conste la justificación del retardo. En consecuencia, se trata de un retardo culpable del contratista en la entrega, aunque fuere provisional, de la obra contratada, y sin que haya sido necesario el previo requerimiento judicial para constituirlo en mora, pues habiéndose estipulado un término para el cumplimiento, el caso está previsto en el numeral primero del Artículo 1594 del Código Civil**”.⁴⁹

LA MORA.

INCUMPLIMIENTO Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO.

⁴⁹ . ESPINOSA M., Galo, **Diccionario de Jurisprudencia del Corte Suprema**, tomo VIII, página 404.

Editorial Universitaria. Universidad Central., Quito., 1977.

Tras producirse un incumplimiento se hace presente la disconformidad entre las partes. Esta disconformidad entre lo obrado y lo debido puede ser absoluta -cuando el comportamiento del deudor es contrario u opuesto al que exigía el cumplimiento de la obligación- o relativa -cuando el cumplimiento del deudor es defectuoso en cuanto al modo, tiempo o lugar de ejecución de la prestación.

Esta introducción da cabida al siguiente principio fundamental: el deudor no puede imponer al acreedor la recepción de un cumplimiento defectuoso por no haber identidad entre lo debido y lo que se intenta pagar.

Así, frente a la tentativa de un pago defectuoso el acreedor puede:

- 1) rechazar el pago, con lo cual la situación se asimila a la inexecución total;
- 2) aceptar ese pago sin reserva alguna; y
- 3) aceptar el pago con reserva del derecho a obtener la indemnización del daño causado por el cumplimiento defectuoso. A falta de esa reserva no puede, luego, el acreedor pretender la indemnización.

CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

Las obligaciones son susceptibles de diversas clasificaciones. Por razón de su objeto, en obligaciones de dar, hacer o no hacer. Por razón también de su objeto, pero no en cuanto a lo que la prestación sea en sí misma (como en el caso anterior), sino a la forma como aquélla ha de ejecutarse, en obligaciones cuya prestación está de antemano determinada en lo que hace a aquello que se debe, y en obligaciones en que existe un factor de indeterminación al respecto, como

ocurre en las alternativas y facultativas. Por razón de los sujetos, las obligaciones pueden ser, ya divisibles o indivisibles, ya mancomunadas o solidarias. Suponiendo estos tipos de obligaciones divisibles o indivisibles, y de mancomunadas o solidarias, una pluralidad, ora de acreedores, ora de deudores; a diferencia de las obligaciones de estructura simple, de un solo acreedor y un solo deudor.

Nuestro Código Civil trata de las obligaciones de dar, hacer y no hacer, en los títulos primero, segundo y tercero; de las obligaciones alternativas y facultativas, en el título cuarto; de las obligaciones divisibles e indivisibles, en el título quinto, y de las obligaciones mancomunadas y solidarias, en el título sexto. Además, en el título séptimo se ocupa de otro tipo de obligaciones, por razón de una modalidad que las garantice.

El derecho romano distinguía el objeto de la obligación en *dare, facere y praestare*. Lo primero significaba transferir la propiedad de una cosa o constituir un derecho real; lo segundo, la realización de cualquier otro acto, y comprendía los hechos negativos; en cuanto al significado de **praestare**, consideran algunos que consistía en procurar el disfrute de una cosa sin constituir derecho real, y otros, que con ello se indicaba las obligaciones que actuaban por medio de **acciones in factum**.

La clasificación moderna de las obligaciones por su objeto, ha prescindido del último término enunciado de la clasificación romana, y ha agregado uno nuevo: el de las obligaciones de no hacer, que, como queda recordado, en las

fuentes romanas estaba englobado dentro del **facere**. Así, se distingue la obligación, en cuanto a su objeto, en dar, hacer y no hacer.

Tal distinción es útil en cuanto a los diferentes efectos que las obligaciones tienen, según se trate de una de dar, de hacer o de no hacer. No precisa, de consiguiente, enunciarla previamente; basta comprobarla al tratar de dichos efectos.

Puede ocurrir que un mismo vínculo jurídico contenga a la vez obligaciones de dar y de hacer, y aun de no hacer. Entonces, si cada una de ellas puede ser separada de las otras, aquélla se rige por su propia disciplina; pero en caso de que todas las obligaciones estén tan íntimamente compenetradas que ninguna de ellas pueda ser desligada de las otras, habrá de considerarse la obligación que asuma el carácter de preponderante.

LA MORA EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

CONCEPTO, ELEMENTOS, EFECTOS Y CLASES DE MORA

CONCEPTO DE MORA.

"La mora (**mora solvendi**) es la no ejecución de una obligación vencida, exigible por el acreedor (o exigida), que deriva de una circunstancia de que responde el deudor".

La mora, pues, en cuanto supone un retardo, no es el incumplimiento mismo definitivo de la obligación, sino que comporta un posible cumplimiento,

que aún no se ha verificado cuando debía verificarse. De suerte que la mora es un defecto anormal descendente de una relación obligatoria exigible por el acreedor por vía de acción, sin una excepción válida por parte del deudor que puede detener aquélla.

La mora del deudor se produce por el requerimiento del acreedor en las obligaciones de dar y de hacer. No en las de no hacer, en las que no precisa la constitución en mora, pues el requerimiento para exigir el cumplimiento de la obligación sería sin objeto, desde que ya se ha producido la contravención a la misma, el incumplimiento se ha consumado; no tratándose de un mero retardo.

El requerimiento debe efectuarse por el acreedor y dirigirse al deudor. Warneyer⁵⁰ dice que **"la interpelación es una declaración de voluntad unilateral recepticia y que, consecuentemente, las disposiciones sobre capacidad, vicios del consentimiento, facultad de representación, encuentran aquí aplicación"**. Del propio autor estas indicaciones: **"La interpelación debe efectuarse por el acreedor o su representante. La interpelación procedente de uno cuyo poder ha caducado, es sin efecto, así como la emanante de un acreedor que no tenga la capacidad civil del caso, en tanto que no esté autorizado por su representante legal para exigir personalmente la prestación. La interpelación debe ser dirigida al deudor o a su representante; si el deudor sufre de incapacidad, es entonces la interpelación ineficaz"**.⁵¹

⁵⁰. Citado por **Brugi Biagio**, en **Instituciones del Derecho Civil, en Grandes Clásicos del Derecho., Volumen 4., OXFORD**, University Press, México 2001.

⁵¹. Autor y Obra citados.

El requerimiento no está sujeto a forma especial; basta que de él resulte que el acreedor exija la prestación debida. La exigencia debe dirigirse a tal prestación debida. **"Es discutible si ella resulta inoperante, cuando concierne a una prestación que excede de aquella que es realmente debida. La finalidad del requerimiento consiste en advertir al deudor simplemente que el acreedor exige la prestación. Esta finalidad es alcanzada cuando la interpelación no deja duda sobre la identidad de la prestación, cuyo cumplimiento es impetrado. Ahora bien, una duda por regla no se producirá por el solo hecho que el monto de la prestación sea declarado más elevado de lo que realmente es. Sólo debe estimarse la interpelación como ineficaz, cuando es de apreciar que el acreedor no acepte una prestación menor que la estipulada. Si una tal presunción no es fundable en las circunstancias del caso, entonces debe el deudor ofrecer al acreedor lo realmente debido según lo estipulado. Así el último rechaza la oferta, porque según su parecer la prestación sólo comporta una parte de lo debido, el deudor no cae en mora"**⁵²

).

En cuanto al tiempo y lugar de la interpelación, es preciso decir que la misma sólo puede reputarse eficaz después que la prestación haya devenido exigible. Por lo demás, nuestra ley no consigna indicación sobre el tiempo y lugar de la interpelación.

Al respecto Planiol y Ripert, en su obra derecho Civil, parte B., manifiestan " se decía que una interpelación no era eficaz si no era hecha oportuno loco et tempore. Pero la expresión, en verdad, no es justificada en

⁵² . Obra citada.

todas las circunstancias y de cualquier punto de vista.. Por supuesto, el efecto de la mora no se produce de inmediato, cuando ella ha sido realizada inoportuno loco et tempore, por ejemplo fuera del plazo convencional, en un lugar inadecuado o cuando en una festividad se demande el cobro inmediato de una suma de dinero debida; al prestador se le debe conceder, de acuerdo con las circunstancias del caso (conforme a las reglas de la buena fe y considerando los usos del tráfico comercial), un tiempo prudencial (modicum tempus,) para el pago". ⁵³

Parecería innecesario agregar que la interpelación sólo puede concernir a la exigencia de la misma deuda, pues a lo que aspira la constitución de mora es a responsabilizar al deudor por la tardanza en que se halla y a conseguir el cumplimiento del pago.

Como la mora presupone la existencia de una deuda exigible y determinada en su monto, aquélla sería improcedente tratándose de una obligación sub condicionada, o a plazo.

Debiendo ser demandable la obligación en el momento de la constitución en mora, en caso de que la ejecución de aquélla sea imposible, es inútil tal constitución, puesto que esta última tendería a dicha ejecución; de aquí que no cabe constitución en mora en relación a las obligaciones de no hacer.

⁵³ . PLANIOL M y RIPERT, G., **Derecho Civil parte B, Biblioteca de Clásicos del Derecho Civil, Volumen 4., Editorial Harla., 1998., México.**

ELEMENTOS DE LA MORA.

La mora supone dos elementos: retardo de parte del deudor, lo que es de inmediata evidencia; imputabilidad al deudor de dicho retardo, según la opinión predominante, impone esta última condición.

¿Es necesario también el requerimiento al deudor? sí; pues la mora no obra ex profeso, salvo los casos de excepción que en él se indica.

No se hallan contentos los romanistas sobre si en el derecho romano se precisaba la interpelación en caso de obligaciones con plazo fijo, o si la mora sobrevenía entonces automáticamente, por el principio de *dies interpellat pro homine*.

Las leyes de las Partidas erigieron esta última solución. Pero el Código francés impuso el principio de la mora ex persona, y en esto fue seguido por el Código español, el argentino, el antiguo peruano y otros.

Las razones en favor de este punto de vista son que el vencimiento del plazo hace a la obligación exigible en las mismas condiciones que una que no la tenga, y que vencida la obligación, mientras el acreedor no la exija, demuestra con ello que no le afecta el retardo en su cumplimiento. Escribe Austin⁵⁴; **"si no fijó un plazo para el cumplimiento de la obligación el deudor no está en mora, y no incurre en las responsabilidades derivadas de tal circunstancia, a menos que un requerimiento para la exigibilidad de la obligación no haya sido incoado por el acreedor y que el deudor no haya cumplido con la exigencia.**

⁵⁴ . Citado por PLANIOL Y RIPERT., **Obra citada**

La regla es que Interpellandus est debitor loco et tempore opportuno. Los autores de la regla consideran que la intención o la negligencia son elementos esenciales de la falta, y que la obligación no podía ser violada, sea intencionalmente o por negligencia, antes que el deudor requiera el cumplimiento. Si se fijó un término específico para el cumplimiento, el deudor está en mora, salvo que él cumpla con la obligación en el tiempo debido, y aun cuando no haya habido requerimiento por el acreedor. De aquí que se considere que el deudor incumple con la obligación, intencionalmente o por negligencia, sea que haya sido incoada o no una demanda por la otra parte; él sabe, en general, que debe cumplir con la obligación en el tiempo establecido, y un requerimiento para el cumplimiento de la parte del acreedor sería, de este modo, superflua".

Los Códigos modernos favorecen el sistema de la mora, en el vencimiento. Preferido por el Código italiano y el chileno, modernamente es acogido en los Códigos alemán, suizo y brasileño. El deudor queda obligado por el vencimiento del plazo, al inmediato cumplimiento de la obligación; la fijación de ese plazo importa la advertencia anticipada al promitente en tal sentido.

El requerimiento puede ser judicial, es decir, mediante demanda o reconvencción, o extrajudicial; no indicándose forma especial, de suerte que es una cuestión librada a la apreciación del juez.

La interpelación extrajudicial, que se puede estimar como una declaración unilateral de voluntad recepticia, debe quedar sometida a las disposiciones

vigentes para ésta, especialmente en lo que se refiere a la capacidad y también al caso de representación; disposiciones que serán aplicables por analogía.

La interpelación puede hacerse a plazo, en cuyo caso la mora comenzará a partir del vencimiento de tal plazo señalado, si el deudor no efectúa la prestación. Más difícil es que se produzca un requerimiento condicional, aunque en principio no hay inconveniente para ello.

La mora sobreviene sin interpelación, cuando ello resulta de la convención o del mandato de la ley.

LA MORA CONVENCIONAL.

La mora convencional puede derivar de los términos expresos del título o de una manifestación tácita de la voluntad. El primer supuesto es una cuestión de interpretación, y en caso de duda debe resolverse que no se ha pactado la mora convencional, porque ella perjudica al deudor. La convención aludida, por lo demás, puede ser posterior al nacimiento de la obligación.

En cuanto al segundo caso, la ley supone –escribe sobre el particular Salvat– que dada la naturaleza y circunstancias de la obligación, las partes han querido que ella se cumpliera indefectiblemente, sin necesidad de interpelación alguna dentro del plazo señalado; y la suposición, mejor dicho, el fundamento de la ley es lógico, porque el deudor ha debido prever que la falta del cumplimiento de su obligación dentro del término señalado, perjudicaría al acreedor.

He aquí algunos casos que el propio autor Salvat consigna con referencia al 1º) plazo señalado para la entrega en calidad de préstamo de una suma de dinero con cuyo importe el prestatario de ella debe hacer frente al vencimiento de una letra o al pago de obligaciones; 2º) plazo señalado para la entrega de mercaderías que deben embarcarse en un vapor que sale del puerto en día fijo; 3º) plazo señalado para la construcción de un pabellón en una exposición que debe inaugurarse en día fijo; 4º) plazo señalado para los pagos parciales del precio de la construcción de una obra, con cuyo importe el constructor debe contar para la adquisición de materiales y pago de operarios; 5º) estipulación referente al pago por semestre adelantado de los intereses de un préstamo; si éstos deben ser pagados en el domicilio del acreedor, puede admitirse que deben serlo el primer día de cada semestre y a falta de pago el deudor incurre en mora sin necesidad de interpelación⁵⁵.

LA MORA LEGAL.

La mora del deudor, por mandato legal reposa en una presunción de culpa de aquél. De aquí que dicha mora funciona automáticamente, con la producción del supuesto de hecho que supone la culpa, sin que sea menester requerimiento.

Anotan también Planiol y Ripert que el precepto no exige que el deudor haya tenido conocimiento de que la designación del tiempo en que debía cumplirse la obligación, hubiese sido un motivo determinante por parte del acreedor. Pero esta condición es en su concepto necesaria, porque si el deudor ignora que el plazo señalado fue motivo determinante para el acreedor, no puede

⁵⁵ . Citado por BRUGI Biagio., **Instituciones del Derecho Civil, obra citada.**

decirse que él haya consentido tácitamente en quedar constituido en mora, sin necesidad de requerimiento alguno; de tal modo que en este caso deberá considerarse que desaparece el fundamento de la excepción analizada, no pudiendo ser aplicable el inc. 2º del art. 509 del Código argentino. Mas, tal conocimiento de parte del deudor puede resultar ora de mención expresa en el instrumento en que consta la obligación, ora de la naturaleza de ésta, o de las circunstancias en que ha sido contraída, libradas a la soberana apreciación del juez.

La mora funciona también en los casos que la ley lo establezca expresamente, de tal manera que los mandatos que ella imponga son de derecho estricto.

La constitución en mora no será necesaria si el deudor está ausente o muerto, siendo desconocidos sus herederos, o si el acreedor por falta del deudor ignora su crédito. Habrá entonces mora de pleno derecho.

La constitución en mora será por lo debido por el deudor. Puede, sin embargo, requerirse por suma mayor o menor a la debida; y se comprende que en el primer caso el requerimiento valdrá sólo por lo debido y en el segundo sólo por el monto requerido.

Debe recordarse que conforme al art. 1527, en las obligaciones solidarias, el codeudor culpable de demora responde frente a los demás.

EFFECTOS DE LA MORA.

Dos son los efectos de la mora: responsabilidad por daños y perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de la obligación, y responsabilidad de la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor.

Cuanto a lo primero, los daños y perjuicios llamados moratorios se unen a la ejecución de la obligación en su forma natural, que en todo caso, mientras la prestación le sea útil, puede exigir el acreedor. La demora en sí suele ser causa de responsabilidad por daños y perjuicios compensatorios –a los que son acumulables los moratorios–, si tal demora ha tornado inútil la prestación para el acreedor. Éste puede, entonces, probando tal circunstancia, rechazar la ejecución de la obligación en su forma natural y exigir el pago de su equivalente.

Como la responsabilidad por daños y perjuicios moratorios resulta de la consideración de que la mora es una de las formas de la culpa, tal responsabilidad desaparece si la mora no es inculpable al deudor. El deudor deberá probar tal ausencia de culpa, que acompaña como presunción a la mora. En otro caso, si hubo culpa y desde luego dolo, sobreviene responsabilidad para el deudor.

El monto de los daños y perjuicios moratorios se determina judicialmente; acreditando el pretensor su existencia. Puede también convenirse al respecto una pena convencional (artículo 1551 del Código Civil). En cuanto a la responsabilidad por imposibilidad de la prestación por caso fortuito, la regla es la consagración del tradicional principio **de obligatio per moram debitoris perpetua fit**. La mora supone culpa, de tal modo que si la prestación deviene imposible después de que el deudor está en mora, es indiferente para el efecto de

la responsabilidad que tal imposibilidad se haya producido por hecho imputable o no al deudor. Éste ya se encontraba en falta, y el caso se halla bajo la influencia de esa falta seu culpa determinatus.

De otro lado, los efectos de la responsabilidad por caso fortuito se asientan en el deudor, en caso de mora, así ellos no sean consecuencia misma de dicha mora.

Por la misma razón y de acuerdo con lo indicado al tratar de los daños y perjuicios moratorios, la responsabilidad por el caso fortuito desaparece si la mora ha sobrevenido sin culpa del deudor, correspondiendo al mismo la prueba en este punto.

El deudor en mora también se libera de la responsabilidad por caso fortuito, si comprueba que la cosa hubiera perecido igualmente, de hallarse en poder del acreedor con la debida oportunidad. La excepción se fundamenta en un principio de equidad: la pérdida de la cosa resulta completamente extraña a la mora, y producida ésta o no, la pérdida siempre habría sobrevenido. Desaparece toda presunta culpa del deudor por el hecho de la mora, y con ello toda responsabilidad.

La anterior regla que excusa al deudor de responsabilidad por la pérdida post moram, En este caso este ejemplo es válido Supongamos a T deudor de un brillante a su coinquilino; retardando la entrega pierde el objeto en la ruina completa del edificio en el cual ambos tienen la habitación. El hecho de la mora

no exonera a T de la responsabilidad del sucesivo deterioro y de la consiguiente imposibilidad de prestar el brillante; él podría eximirse demostrando que el brillante se hubiera perdido igualmente junto al acreedor en la ruina del edificio de la cual nada se ha salvado.

INDEMNIZACIÓN EN CASO DE MORA QUE INUTILIZA LA OBLIGACIÓN.

Puede ocurrir que la prestación únicamente ofrezca utilidad para el acreedor dentro de determinado tiempo, de suerte que pasado el mismo dicha utilidad resulte vana. No podría imponerse en tales condiciones, que se aceptara tal prestación. Entonces, como no tiene lugar ya la prestación in natura, ella es sustituida por la responsabilidad por daños y perjuicios.

La anterior consecuencia debe producirse no sólo en el caso de tardanza en el cumplimiento total de la prestación, sino asimismo en el caso de mora parcial; es decir, cuando sólo en parte se cumpla con la obligación. En tales circunstancias, si el contrato en su conjunto carece de interés para el acreedor, podrá también, rechazando el resto de la prestación y devolviendo la parte recibida, exigir indemnización por incumplimiento, o si se trata de un contrato bilateral, resolver el contrato en su totalidad. Indudablemente, el acreedor está facultado, de todos modos, para exigir daños y perjuicios.

En el mismo supuesto de mora parcial, podría por el contrario el acreedor, si estimase que siempre le será de utilidad el cumplimiento del resto de la prestación, demandar tal resto, con el respectivo interés por el retardo.

La inutilidad de la prestación, puede dar origen al rechazo de ésta con la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios, en el caso de mora total o parcial, debe ser probada por el acreedor, salvo que se haya estipulado que la prestación deba ser ejecutada necesariamente en día determinado, so pena de ser rechazada.

LA MORA DEL DEUDOR

ELEMENTOS DE LA MORA DEL DEUDOR.

Para que haya "**mora**" del deudor deberá existir un retardo en la ejecución de la prestación, en forma contraria a derecho y por una causa que le sea imputable. Es menester, por tanto, la presencia de varios requisitos o elementos:

1º) **Elemento material.** El retraso en el cumplimiento de la obligación. Para que podamos hablar de "retraso" la obligación debe ser exigible, de plazo vencido y válida.

Si la obligación tuviese causa ilícita (por ejemplo, las deudas de juegos prohibidos), no sería válida, ni exigible y, en consecuencia, no podría existir respecto a ella la situación de mora.

Examinemos distintos tipos de obligaciones civiles para ver cómo funciona la mora: tenemos las de dar, hacer y no hacer. Respecto a estas últimas un gran sector de la doctrina afirma que no puede hablarse de mora; por nuestra

parte entendemos, y así lo hemos desarrollado en otros trabajos, que existen algunas obligaciones de "no hacer", en las que la mora es posible,

Por su parte en las obligaciones de dar o de hacer el retardo no suele importar forzosamente **"incumplimiento"** definitivo (salvo que se estuviese frente a hipótesis de "plazo esencial"), sino solamente "mora" mientras continúe siendo posible y útil que el deudor cumpla la prestación, aunque de manera tardía.

Hablamos, pues, de "mora" cuando -pese al retraso todavía es "posible" y "útil" que se ejecute la prestación.

Imputabilidad. Hemos dicho que el "retardo" es un elemento de la mora, pero puede suceder que pese al retraso, a la existencia de un plazo vencido que torna la obligación plenamente exigible, todavía no haya mora.

Debe sumarse un elemento subjetivo: la imputabilidad del decimos que la mora del deudor **"es el atraso en la ejecución de la prestación, en forma contraria al derecho e imputable al deudor"**. El nuevo Código de Perú consagra este requisito indirectamente, en su artículo 1336, al permitir al deudor sustraerse a los efectos de la mora **"probando que ha incurrido en retraso sin culpa"**, Art. 1567 del Código Civil Ecuatoriano

Interpelación. El tercer elemento es la intimación, o "interpelación", característico de la mora ex persona, aspecto que trataremos en el siguiente apartado de este trabajo.

El Código Ecuatoriano no entra en detalles respecto a cómo debe ser efectuado el requerimiento, y en qué casos es o no válido, el retardo, es decir que se deba a dolo o culpa del deudor. Por eso expresando solamente que esta exigencia de cumplimiento puede realizarse por vía judicial o extrajudicial.

Tanto la doctrina, como la jurisprudencia, consideran que no basta la simple interpelación por parte del acreedor, sino que es menester que éste preste su colaboración para la ejecución de la obligación⁵: por ejemplo, en las obligaciones alternativas, que elija el objeto de la prestación; o que dé instrucciones respecto a la forma en que debe cumplirse una obligación de hacer. Si el acreedor no prestase su colaboración el requerimiento no surtiría efectos y el deudor no incurriría en mora.

EFFECTOS DE LA MORA DEL DEUDOR.

Los principales efectos de la mora son dos: en primer lugar, la obligación del deudor de indemnizar en dinero los daños y perjuicios ocasionados por la demora en cumplir la obligación, o sea una indemnización de carácter pecuniario. En segundo lugar, el deudor es responsable de los riesgos de la cosa, es decir lo que se llama el "periculum".

Si la cosa perece por caso fortuito antes de la constitución en mora, el deudor no responde; por ejemplo, si el deudor estaba obligado a entregar un caballo y el animal muere afectado por una epidemia, o ahogado por una inundación, es decir por una causa no imputable a culpa del deudor, éste queda liberado. Pero si ese deudor ya estaba constituido en mora, el riesgo por la muerte

del animal, o la pérdida de la cosa, pesa sobre él y estará obligado a indemnizar al acreedor; vale decir que los riesgos de la cosa, o "periculum", corren por su cuenta.

Creo conveniente destacar la diferencia que hay entre la indemnización por mora, y la indemnización por incumplimiento:

En el caso de mora se continúa debiendo la prestación, y junto con ella los daños moratorios. En cambio la indemnización por incumplimiento se debe en lugar, o en reemplazo, de la prestación principal y tiende a poner al acreedor en la misma situación en que se hubiera encontrado si no se hubiese producido el incumplimiento.

El artículo 1573 dispone que el deudor constituido en mora responde de los daños y perjuicios que irroge por el retraso en el cumplimiento de la obligación y por la imposibilidad sobreviniente, aun cuando ella obedezca a causa que no le sea imputable.

Fácilmente advertirán que la norma, en primer lugar, presume que la prestación se ha de cumplir, aunque sea tardíamente. En segundo lugar, si la mora se transforma en incumplimiento definitivo, cargará también con los daños que ha ocasionado, aunque la pérdida de la cosa sobreviniese por caso fortuito o fuerza mayor no imputables al moroso.

PURGA DE LA MORA.

Los efectos de la mora, es decir la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, y el "periculum", pueden cesar en algunas circunstancias.

En primer lugar (caso general), si el deudor paga la obligación, aunque lo haga tardíamente, los efectos de la mora cesarán a partir del momento en que ejecute la prestación, pero el deudor deberá cargar con las consecuencias dañosas que produjo su mora hasta el momento en que pagó.

Otra causa de cesación de los efectos de la mora es la renuncia del acreedor, a quien nada le impide abdicar a un derecho que ya le pertenece.

El derecho a reclamar los daños y perjuicios moratorios, o los que hubiese ocasionado la pérdida de la cosa, es un derecho establecido exclusivamente en interés particular del acreedor; no está interesado en manera alguna el orden público, que es lo que pone límites a la renunciabilidad de algunos derechos.

Además, en este caso no habría una renuncia anticipada a la protección legal, porque el derecho ya ha nacido. Generalmente lo que la ley prohíbe es la renuncia anticipada a los beneficios que ella concede.

Finalmente diremos que los efectos de la mora también pueden extinguirse por prescripción, si el acreedor deja vencer los plazos establecidos por la ley sin ejercitar el pertinente reclamo.

LA MORA Y LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS.

La regla es consecuencia de la culpabilidad en que debe estar incurso el obligado, para que le sea imputable la mora. No hay culpabilidad por el cumplimiento de la obligación de una parte, si la otra a su vez no ha cumplido con la suya. La mora es un requerimiento para que se ejecute la prestación; pero no puede exigirse si quien tal pretende, a su vez no ha ejecutado la prestación que le correspondía; por aplicación de la excepción de non adimpleti contractus.

Ocupándome de esta cuestión concerniente a la mora en relación a obligaciones recíprocas, debo manifestar que el requerimiento a una prestación, cuando el deudor debe efectuarla simultáneamente a una contraprestación del acreedor, es eficaz aun cuando el acreedor no haya ofrecido la realización de esta última, anterior o simultáneamente al requerimiento. El acreedor que interpela al deudor, ofrece tácitamente con el hecho del requerimiento, la prestación por él debida. El deudor debe efectuar la prestación u ofrecerla contra la otra prestación (de cargo del acreedor). Si él cumple con ello, no cae en mora.

De otro modo, incurre el acreedor en mora, si él no ofrece la contraprestación a que está obligado. Lo mismo ocurre cuando el deudor está obligado a una prestación contra entrega de documento, o cuando el acreedor deba entregar recibo al recibir la prestación. En este último caso, por lo demás, debe ser exigida la entrega del recibo.

En consecuencia, no hay mora en el deudor respecto de su prestación cuando, sin haberla ejecutado, ha hecho ofrecimiento de pago, pues la mora supone imputabilidad al deudor por su incumplimiento. Como escribe Barbero, "de ningún modo, sin embargo, puede ser constituido o considerado en mora el deudor que oportunamente, si bien sin la forma de la oferta real haya hecho oferta de la prestación debida, salvo que a su vez el acreedor la hubiese rehusado por un motivo legítimo.

MORA "EX PERSONA".

El derecho ecuatoriano mantiene su adhesión al sistema de la mora personal, que en el país tiene vieja tradición,

Ya en 1936 los autores de ese cuerpo legal reconocen, en la Exposición de Motivos, que "parece acentuarse en el derecho científico la opinión de que la mora personal debe aplicarse a las obligaciones de plazo incierto y no a las de plazo fijo, en que la simple estipulación del término dispensa al acreedor de practicar acto alguno", pero eligieron deliberadamente continuar exigiendo la intimación al deudor como un requisito indispensable, por considerar que "si el acreedor no requiere al deudor, hay fundamento atendible para suponer que la demora no le irroga daño apreciable y en este caso debe preferirse la solución más benévola"; el Código vigente prosigue esa misma línea. Se trata de una aplicación del viejo principio del "favor debitoris". Aunque estimamos que los cambios que la realidad económica actual ha introducido en el mundo moderno hacen aconsejable sustituir este sistema por el de la mora automática para las obligaciones a plazo determinado no podemos silenciar que en países que abandonaron el sistema de la

mora "ex persona", como Argentina en 1968, al producirse el cambio legislativo se alzaron voces prestigiosas, como la del recordado maestro Jorge Joaquín LLAMBÍAS, y el profesor de Mar del Plata, don Pedro Néstor CAZEAUX, defendiendo el mantenimiento del requisito de la interpelación, con argumentos dignos de ser oídos, que pueden servir de justificativo a la tradicional solución de la mora "ex persona", y sosteniendo que no había razón alguna que justificase el cambio de régimen. Sin embargo otros, como BORDA, REZZÓNICO y el autor de este trabajo, defendimos el sistema de mora automática en las obligaciones a plazo, considerando que en esas hipótesis resulta superflua la exigencia de requisitos formales, porque el deudor conoce exactamente el momento en que debe cumplir la prestación, a lo que debe agregarse que ésta es la solución que prevalece en el Derecho Comparado y reconoce como antecedentes el Derecho Romano y las Leyes de Partida. La mora ex persona choca con los requerimientos del comercio, donde la celeridad de los negocios impone como necesidad casi ineludible la mora automática; y también en el ámbito civil los procesos de inflación que sufren la mayor parte de los países del mundo occidental, especialmente cuando se presentan picos agudos, tornan muy gravosa para el acreedor cualquier demora en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Estas circunstancias, sumadas a la conveniencia de unificar el derecho privado, estableciendo normas aplicables tanto a las obligaciones civiles, como a las comerciales, nos inclinan a pensar que debe reemplazarse la interpelación por sistemas que consagren la mora automática del deudor, cuando se ha determinado el plazo de cumplimiento de la obligación.

El problema, sin embargo, no es demasiado grave, ni urgente, porque las disposiciones relativas a la mora tienen carácter supletorio, de manera que a las excepciones que la propia ley suele establecer al principio de la interpelación, se suma el hecho de que las partes pueden convenir la mora automática, a punto tal que suele hacerse costumbre incluir en los contratos, como cláusula de estilo, que el deudor caerá en mora sin necesidad de interpelación judicial ni extrajudicial, por el solo vencimiento del plazo. Cuando esto sucede, en la práctica uno y otro sistema se aproximan y terminan funcionando de manera muy similar.

En definitiva, aunque los juristas suelen sostener con frecuencia que es más perfecto el sistema de la mora automática, y éste sea el camino por el que se inclinan las legislaciones más modernas, no parece advertirse una necesidad imperiosa de modificar las leyes que consagran la mora ex persona, salvo que se proceda a unificar el derecho privado, sobre todo cuando su funcionamiento no provoca soluciones injustas, porque contienen excepciones con suficiente elasticidad como para permitir a los particulares y a los jueces amoldar las relaciones obligatorias a las reales necesidades de la sociedad en que se aplican.

LA MORA Y LAS OBLIGACIONES DE DAR SUMA DE DINERO.

En un siglo signado por los procesos inflacionarios, la práctica indica que uno de los campos en que se torna insuficiente el sistema de la mora ex-persona es el de las obligaciones de dar sumas de dinero.

El constante deterioro del valor de la moneda resulta aún más grave para el acreedor en el lapso que transcurre entre la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora, en especial si ni siquiera se le abonan intereses moratorios para compensarlo, aunque sea parcialmente, por la pérdida de valor adquisitivo que se opera con relación a la cifra nominal adeudada. El problema se agrava, pues, si se aplica rigurosamente el principio que hemos enunciado de que no hay mora mientras la deuda no sea "líquida", es decir mientras no esté determinada la suma de dinero debida.

Se permite que las partes convengan los "intereses moratorios", pero si no lo hubiesen hecho corresponderá aplicar el interés legal. Creemos, sin embargo, que todas estas previsiones pueden resultar insuficientes en períodos de inflación aguda, sea que ella se deba a un salto brusco, o que se refleje en períodos más prolongados, pues suele suceder que los intereses legales moratorios fijados por el Banco Central resulten insuficientes para cubrir los daños y perjuicios derivados de la mora. Es cierto que el legislador no puede prever estas circunstancias, pero cuando se producen los magistrados deben comprender que enfrentan una "laguna legislativa", provocada por un supuesto de hecho excepcional que no ha sido contemplado por la ley.

MORA Y OBLIGACIONES DE NO HACER.

Hace ya dos décadas nos dedicamos a investigar este problema y publicamos algunos trabajos sobre el tema en revistas argentinas y españolas expuestas

Es menester recordar que la investigación en el campo de las ciencias jurídicas tropieza con numerosas limitaciones, surgidas de nuestra propia naturaleza humana y del hecho de que el objeto de nuestro estudio son las relaciones sociales, sobre las que no podemos actuar a voluntad repitiendo los fenómenos cuantas veces deseemos, como puede hacerse en las ciencias de la naturaleza. Por eso con frecuencia, nuestro trabajo se basa en un número limitado de hipótesis de las que extraemos conclusiones valederas "para esos casos", pero que solemos generalizar, como si no hubiese ninguna otra posibilidad fáctica. Eso es, precisamente, lo que ocurre con relación a las obligaciones de no hacer y la mora, ya que la mayor parte de la doctrina se ha limitado a analizar ejemplos escolásticos de obligaciones de no hacer en los que -tienen razón- su violación acarrea siempre el incumplimiento.

Algo semejante sucedería si en las obligaciones a plazo estudiásemos únicamente aquellas que tienen plazo esencial: ¡extraeríamos una conclusión errónea si afirmásemos que "en todas las obligaciones a plazo" no hay mora, sino **incumplimiento**.

DIFERENTES TIPOS DE INACTIVIDAD.

Las prestaciones negativas, al igual que las positivas, pueden consistir en un hecho único, de cumplimiento instantáneo, o de muy breve duración temporal, como en el caso de quien se obliga a ejecutar una pieza musical (obligación positiva), o de quien se compromete a no asistir a un determinado acontecimiento, reunión o espectáculo (abstención única o instantánea).

Sin embargo, con más frecuencia, las prestaciones negativas consisten en una abstención continuada, que tiene una proyección temporal bastante dilatada, a tal punto de que podríamos hablar de esa abstención como de una "situación" permanente.

Dentro de las situaciones de abstención haremos una subdivisión, distinguiendo aquellas que tienen por objeto la suspensión de una actividad que el sujeto realizaba de manera habitual, de las promesas de abstención que vienen a dar carácter jurídico a una pasividad del sujeto, que no estaba realizando la actividad que promete no ejecutar.

Procuraremos ilustrar ambas hipótesis con algún ejemplo:

- a) Un sujeto que es fumador habitual, se compromete a dejar de fumar por un mes, o por un año; su prestación consiste en la suspensión de una actividad.
- b) Un sujeto que nunca ha fumado, promete continuar sin fumar durante un mes, o durante un año; o también, un vecino, que no impedía el goce del panorama a su colindante, se compromete a continuar en esa situación de pasividad, sin alzar construcciones que obstaculicen la vista, durante un cierto período.

Sintetizaremos lo expuesto en los siguientes puntos:

- Prestación única o instantánea
- Continuación de la Obligaciones
- Situaciones de inactividad del sujeto de no hacer
- Pasividad permanente
- Suspensión de una actividad.

Cuando la obligación de no hacer consiste en abstenerse de una sola actividad, de carácter instantáneo, y el sujeto ejecuta el acto prohibido, resulta evidente que estamos frente a una hipótesis de incumplimiento.

Este tipo de abstenciones, por su propia naturaleza, no admite la posibilidad de mora. Así, por ejemplo, si alguien se compromete a no asistir a los actos públicos que se efectuarán el 9 de Julio, con motivo de la celebración de la Independencia, y concurre, podemos afirmar que ha incurrido lisa y llanamente en incumplimiento; y lo mismo sucede si prometió no hachar un árbol, y lo tala, para mencionar el viejo ejemplo que suele encontrarse en casi todos los libros de texto. Ni siquiera es admisible pensar en deshacer lo hecho, y la violación de la promesa es total.

En segundo lugar, si la obligación contraída es de aquellas que significan continuar con la situación de pasividad en que se encontraba el deudor, y luego de un tiempo se ejecuta el hecho prohibido, estaremos frente a una hipótesis de "**cumplimiento parcial**", donde será necesario distinguir dos casos:

- 1) Al acreedor ya no le interesa que continúe la abstención, puesto que una sola violación debe equipararse al incumplimiento.
- 2) El acreedor desea continuar gozando de la abstención, y es posible deshacer lo hecho, de manera que el acreedor siga obteniendo la satisfacción de su interés. Por ejemplo, si Pedro se había comprometido a no elevar la pared divisoria durante diez años, para no privar a su vecino Enrique de la vista panorámica, y a los tres años construye un muro, Enrique podrá obtener la demolición de la pared y que se

mantenga el cumplimiento de la obligación de no hacer hasta el vencimiento del plazo.

Los ejemplos que mencionamos, correspondientes a estas dos categorías de obligaciones de no hacer, son los que suele utilizar la doctrina para afirmar que la violación de esas relaciones jurídicas constituye un verdadero incumplimiento. Si la gama de las posibles abstenciones se redujese a estos casos deberíamos admitir que en las obligaciones de no hacer no existe la mora, pese a que el lector puede advertir fácilmente que hay diferencias muy marcadas, según que la abstención prometida sea un hecho instantáneo, o se trate de un hecho permanente, y según que lo hecho pueda o no destruirse.

Cuando lo hecho puede destruirse estamos frente a la categoría de los cumplimientos parciales o defectuosos, a los cuales la teoría y la jurisprudencia suelen aplicar por analogía el régimen jurídico de la mora, y ello explica el por qué más de un autor, después de afirmar que en las obligaciones de no hacer la violación significa siempre incumplimiento, propicia simultáneamente la aplicación del régimen de la mora automática. Pero, nuestra afirmación de que en las obligaciones de no hacer también es admisible la situación de mora, no se vincula en lo más mínimo con la aplicación extensiva del régimen de la mora a los casos de cumplimiento imperfecto, sino que sostenemos la existencia de hipótesis en las cuales se tipifica perfectamente el mero "**retardo temporal**", unido a la posibilidad de cumplimiento íntegro de la prestación debida. Si volvemos la vista al cuadro que hemos trazado más arriba, advertiremos que hasta ahora sólo hemos analizado dos de las tres hipótesis que en él se hallan contenidas y que falta por

considerar el caso en que la abstención prometida consiste en la suspensión de una actividad que desarrollaba habitualmente el sujeto, que se obliga a "no hacer" en el futuro.

Lo curioso del caso es que esa categoría, descuidada por los tratadistas al estudiar el problema de la mora en las obligaciones de no hacer, es la que más aplicación tiene en la práctica de los negocios jurídicos, ya que se suele incluir con gran frecuencia como pacto de "no concurrencia", al vender un negocio o empresa, mientras que los ejemplos a que echa mano la doctrina, como no talar un árbol, o no concurrir a una fiesta, suelen ser más bien casos de gabinete, que no aparecen casi nunca en la vida normal de los negocios.

Examinemos la obligación de no hacer competencia

Quizá un ejemplo sea en este momento oportuno para ilustrar el problema: un comerciante emprendedor tiene dos casas de comercio; una de ellas dedicada a la venta de artículos de goma, y la otra de ramos generales o -como se las denomina en la actualidad- supermercado. Vende el negocio de artículos de goma, comprometiéndose a entregarlo el 1º de noviembre, y a no efectuar competencia en ese ramo durante cinco años, a cuyo fin en la misma fecha deberá suspender la venta de artículos de ese tipo en el negocio de ramos generales que conserva en su poder.

Llegado el 1º de noviembre entrega el comercio de venta de goma, pero no suspende la actividad que venía realizando y continúa vendiendo neumáticos y

otros artículos de goma en el negocio de ramos generales, es decir: "**No comienza a cumplir la abstención prometida**".

Este "incumplimiento" encuadra perfectamente dentro del concepto de mora, pues a pesar de que la prestación no ha comenzado a ejecutarse en el momento debido, es todavía posible y útil para el acreedor que se cumpla de manera íntegra, es decir que, durante los cinco años prometidos, se abstenga de realizarle competencia y le permita consolidar su clientela. En consecuencia, el acreedor no va iniciar una acción de resolución por incumplimiento y pago de daños y perjuicios, sino que reclamará que se cumpla la abstención prometida, más los perjuicios moratorios.

El ejemplo demuestra con claridad que es perfectamente factible encontrar casos de mora en las obligaciones de no hacer,

Estas investigaciones han recibido acogida favorable en la doctrina iberoamericana, pues se han ocupado de ellas no solamente autores argentinos, sino también españoles y del Perú.

LA MORA DEL ACREEDOR

Al lado de la mora del deudor puede presentarse la mora del acreedor. El deudor no sólo tiene el deber de pagar sino también el derecho a hacerlo; venciendo cualquiera infundada oposición del acreedor y derivando determinada responsabilidad para el acreedor.

La primera cuestión que se plantea es determinar cuándo se produce la mora accipiendi. Para un primer sistema, puede considerarse que sobreviene desde que el deudor hace ofrecimiento de pago. Para un segundo sistema, desde que tiene lugar la consignación de lo debido. En relación a la ley ecuatoriana, este segundo sistema podría parecer que debiese ser el aplicable, ya que el art. 1766, así lo determina. Declara el efecto que ésta genera, pero no se dice si el simple ofrecimiento acarrea alguna consecuencia en lo que respecta a las relaciones inter partes.

En el derecho francés, que no legisla especialmente la mora accipiendi y sí se ocupa de la consignación en términos parecidos al Código nacional, el mero ofrecimiento de pago es tomado en cuenta cuando reviste un carácter de oferta real. Pero entre los autores franceses hay discrepancias en cuanto a considerar si sólo la oferta real, sin consignación, es bastante para poner en mora al acreedor. Consecuentemente, de primera intención sería de aseverar que dentro de nuestra legislación el mero ofrecimiento no sea suficiente para hacer surgir la mora accipiendi; mucho más cuanto que la oferta real, por sus características propias, ofrece en forma más acreditativa la intención del deudor de cumplir con su obligación, que el mero ofrecimiento.

No obstante lo anterior, puede prosperar criterio distinto, esto es, que el mero ofrecimiento de pago genera la mora creditoris. En efecto, el artículo 1766 del Código Civil indica que mediante la consignación el deudor se libera. Antes de la misma, la liberación no se produce. Bien. Pero esto no tiene por qué significar que entretanto no se puedan producir otras consecuencias, que sin significar la liberación del deudor, comportan, empero, ventajas para él y

perjudican a la otra parte, como la purga de la mora solvendi y el quedar constituido en mora el sujeto activo de la obligación. El sujeto pasivo no queda liberado en cuanto a la prestación misma, ya que no ha existido pago, una de cuyas modalidades es la consignación; pero el mero ofrecimiento debe ser suficiente para trasladar toda la responsabilidad consiguiente de la tardanza en la solutio, al acreedor.

Como entre los dos criterios es preferible el que hace que el ofrecimiento de pago baste para constituir en mora al acreedor, nuestra tesis, en el sentido antes propuesto, creemos deba prevalecer en lo que se refiere a la interpretación en este punto del Código nacional.

Es un defecto de éste no ocuparse de la mora del acreedor como cosa aparte de la consignación. Esta última significará, como un verdadero pago, la liberación del deudor; pero antes de la consignación deben producirse determinadas consecuencias, favorables al deudor y adversas al acreedor, desde que existe un ofrecimiento válido de pago, es decir, desde que deba considerarse que ha sobrevenido la mora del acreedor. Una cosa es la liberación completa del deudor, por el pago, del cual la consignación es una forma, y otra cosa es una serie de efectos relacionados con la obligación, aun antes de que ésta se verifique, los cuales pueden y deben sobrevenir por la resistencia injustificada del acreedor a admitir el pago ofrecido (por ejemplo, la cesación de intereses contra el deudor, lo referente a la prestación del riesgo y del peligro).

Por lo demás, la consignación sólo puede obrar tratándose de obligaciones de dar. ¿Qué ocurrirá en las de hacer? ¿Cómo podrá el deudor doblegar la indebida negativa del acreedor, que no presta su cooperación para que aquél pueda liberarse, cumpliendo con la prestación? Se ve que urgía tratar de la mora creditoris. Ésta representa el principio de que la obligación no puede seguir siendo considerada como un mero deber para una parte y un mero derecho para la otra, sino que también exige del pretensor determinados deberes, impuestos por un principio de solidaridad contractual; debiendo en tal sentido colaborar a fin de que el deudor se libere. De otra suerte, no se acataría la regla fundamental de que las convenciones deben cumplirse de buena fe.

¿Cuáles son los efectos de la mora del acreedor? Schaeffer y Wiefels⁵⁶ resumen tales efectos en los siguientes términos: la responsabilidad del deudor disminuye. 1) Sólo responde por dolo o culpa grave; 2) queda desobligado de pagar interés en deudas de dinero productivas del mismo; 3) sólo debe restituir los frutos realmente percibidos. Tratándose de obligaciones genéricas, el riesgo y el peligro se trasladan al acreedor. 4) Pero a este respecto es presupuesto que el deudor haya separado una cosa individual dentro del género de que se trate y la haya ofrecido en forma adecuada al acreedor; 5) tratándose de una obligación en especie, el riesgo se traslada al acreedor con el surgimiento de la obligación, desde que el deudor resulta liberado de la pérdida de la cosa, conforme al art. 275, si ella es fortuita.

⁵⁶ . Citados, por Planiol y Ripert, en Derecho Civil, parte B, Volumen 4, obra citada

En seguida dichos autores indican cómo puede el deudor hacer el ofrecimiento de la cosa materia de la prestación.

Otro efecto que los autores citados indican con respecto a la mora del sujeto activo de la obligación, es el derecho del deudor de demandar por los gastos efectuados, por razón del ofrecimiento y la conservación entre tanto de la cosa; pero no teniendo derecho a resarcimiento por razón de perjuicios a él sobrevenidos, por causa de la mora del acreedor.

¿La mora del deudor supone culpa en él mismo, que el deudor se podrá sustraer a la responsabilidad propia de la mora (daños y perjuicios), probando que ha incurrido en mora sin culpa de su parte.

Saleilles⁵⁷ sobre el punto ha escrito lo siguiente: **"a estas condiciones de hecho de la mora hay que agregar una condición personal al deudor: la culpa; y esta exigencia está de acuerdo con los principios, ya que la mora es un retardo imputable al deudor. Es preciso, pues, que derive de una culpa; de donde la consecuencia de que el deudor podrá librarse de los efectos de la mora probando el caso fortuito.**

Para ciertos efectos de la mora, en lo que se refiere por ejemplo a los intereses moratorios, los hace depender del solo hecho de la mora sin permitir ninguna justificación al deudor; está sobrentendida a este respecto una especie de

⁵⁷ . Citado, por Brugi Biagio., en **Instituciones de Derecho Civilo.**, obra citada.

obligación de garantía estipulada para los casos de retardo; esto ha parecido de una gran significación práctica.

Lo manifestado tiene razón desde el punto de vista de la lógica jurídica, al no admitir esta violación de los principios. Resta saber, ciertamente, si la lógica jurídica no habría debido ceder frente a otras consideraciones de utilidad práctica.

No solamente el deudor puede caer en mora, sino también el acreedor. Esta situación se presenta cuando obstaculiza el cumplimiento de la obligación, sea negándose a recibir el pago de lo que se le debe, sea omitiendo la cooperación que el deudor necesita para ejecutar su prestación; como ejemplo de conductas exigibles al acreedor podemos mencionar el que debe encontrarse presente en el lugar de pago, para recibirlo; o bien, tiene que hacer la elección, cuando le corresponda, en las obligaciones alternativas; en otros casos debe impartir las instrucciones a que ha de sujetarse el deudor en el cumplimiento de su obligación, especialmente en las obligaciones de hacer (color de pintura a emplear en las paredes, tono de las puertas, etc.); o, incluso, prestar su colaboración personal posando para el artista que debe ejecutar su retrato.

Cuando el acreedor no presta la colaboración debida, dificulta el cumplimiento de la prestación y la ley concede al deudor los medios legales tendientes a obtener esa cooperación y constituir en mora al acreedor renuente.

Esta materia, conocida por la doctrina como "mora accipiendi", por oposición a la mora del deudor, o "solvendi", suele ser tratada junto con lo

relativo al pago; así lo hace WINDSCHEID en Alemania, y BIBILONI en su Anteproyecto de Reformas al Código civil argentino. Nosotros pensamos que debe tratarse junto con la mora del deudor, en la parte correspondiente a las obligaciones en general.

El Derecho Comparado nos muestra que en los sistemas que establecen la interpelación para constituir en mora al deudor, es frecuente que no se legisle la mora del acreedor, ya que la aplicación analógica de estos preceptos lleva a la conclusión de que, por su parte, para constituir en mora al acreedor habrá que interpellarlo, ofreciéndole el pago. Se opera así el juego armónico del mismo principio, tanto para el deudor como para el acreedor.

Pese a ello, es conveniente -cualquiera sea el sistema de mora adoptado para el deudor- que se incluyan normas que regulen expresamente la mora del acreedor.

EFFECTOS DE LA MORA DEL ACREEDOR.

A partir del momento en que se constituye en mora al acreedor quedan a su cargo los riesgos de pérdida, deterioro o imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida, salvo que estas circunstancias se produjeran por dolo o culpa del deudor se limita a hablar de "imposibilidad", pero es indudable que si el acreedor es moroso, esta circunstancia también coloca a su cargo los riesgos por los deterioros que sufra la cosa o los menoscabos.

Entendemos que una adecuada correlación de estas normas debe llevar a las siguientes conclusiones:

- a) el ofrecimiento de pago, o la correspondiente intimación de que se cumplan las conductas de colaboración debidas por el acreedor, lo coloca en situación de mora, pero la obligación todavía existe;
- b) durante la mora del acreedor los riesgos de pérdida o deterioro de la prestación están a su cargo;
- c) la mora del acreedor abre camino a la posibilidad de consignar;
- d) la consignación válidamente efectuada libera totalmente al deudor y extingue la obligación.

Un segundo efecto de la mora del acreedor, es que deberá indemnizar al deudor los daños que le origine su actitud. Esta indemnización comprenderá tanto los gastos originados por el ofrecimiento de pago inaceptado, como los que pueda acarrear la guarda y cuidado de la cosa debida, como se prevé expresamente en algunos códigos. .Advertimos que las previsiones sobre los "efectos" de la mora del acreedor en el Código peruano son escasas; a diferencia de otros códigos nada se ha previsto, por ejemplo, respecto a los límites que puede tener la restitución de productos cuando un tercero los hubiese separado o percibido sin culpa del deudor; ni tampoco respecto a los intereses compensatorios, aunque estimamos que ellos deberían suspenderse si a la interpelación se agrega la consignación de la suma debida.

Finalmente digamos que tampoco se ha regulado la forma en que el acreedor puede poner fin a su situación de mora; estimamos que, por aplicación de principios generales, el acreedor que cese en su actitud omisiva y ofrezca la

colaboración necesaria con relación a los deberes secundarios de conducta, o reclame el cumplimiento mostrándose dispuesto a recibir el pago, pondrá de esta manera fin a su estado de mora.

Creemos que en una futura reforma legislativa sería conveniente contemplar estos problemas que, por el momento, carecen de una regulación expresa.

JURISPRUDENCIA LEGAL SOBRE LA MORA Y SUS EFECTOS.

Si bien el derecho de Obligaciones constituye el remate lógico de todo el aparato jurídico. Debemos examinar en una forma minuciosa y desapasionada cada uno de los pasajes de las obligaciones que nuestro Código Civil, trata en el IV y último libro, n el cual encontramos vacios y defectos que deben ser corregidos, por cuanto, éstos se prestan para interpretaciones equivocadas, que repercuten en actos de injusticia insalvables.

Es indiscutible que nuestro Código Civil sufre en ciertos casos vacios profundos y a la vez está viciado de algunos defectos, que deben ser corregidos, con mesura y sin pasión, porque ello encamina a orientar el Derecho Civil, por los verdaderos caminos donde debe transitar el Derecho Moderno de los pueblos civilizados.

Las diversas doctrinas distinguen entre obligación de dar y de entregar y dan una calificación a esta última como una obligación de hacer, el criterio de nuestra legislación es diverso por cuanto confunden los conceptos de entrega y tradición. Para demostrar me voy a referir en lo que respecta a algunos artículos de nuestro Código Civil, el artículo 1764, expresa: Que las obligaciones del vendedor se reducen a dos: **“La entrega o tradición y el saneamiento de la cosa vendida”**

El artículo 2077, del Código al que me estoy refiriendo define al comodato como un contrato en que una de las partes entrega una especie, mueble o bien raíz, para que haga uso de ella a la vez que añade que este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

El artículo 2099 del Código Civil sintetiza el mutuo como un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo a restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Mientras que el artículo 2100, agrega que no se perfecciona el contrato de mutuo por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

Es decir que debe hablarse de propiedad en el caso de compraventa y en el de mutuo debe decirse a hablarse de tradición y en el comodato de entrega.

Esta confusión insinúa que el legislador no hace distinción entre entrega y tradición, entre obligación de dar y de entregar.

Los artículos 694 y 695 del Código Civil apoyan esta idea, cuando previene la primera de estas disposiciones que **“los derechos y acciones se reputan muebles e inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercer o que se debe”**, y que en consecuencia es de naturaleza inmueble, **“la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada”**. De este modo y puesto que los hechos que se reputan muebles, lo que parece para el Legislador, la obligación de entregar no es obligación de hacer sino de dar.

El artículo 1505 del Código Civil habla de contratos bilaterales, y no existe otra forma o precepto del Código Civil que haga extensiva esta condición a los actos o contratos unilaterales. Existen razones por las cuales mi criterio se basa en primer lugar en lo que expresa el artículo 1505, que es un precepto de interpretación restrictiva, en la cual esta norma no puede aplicarse por analogía o por extensión, porque es doblemente condicional. Por lo que consigna una excepción y a continuación rompe la regla general que en el Derecho de que las obligaciones sean puras y simples. En segundo lugar la existencia de algunos artículos del Código Civil en el Título del Comodato, del Depósito, de la Prenda y de la Renta Vitalicia que corroboran esta opinión.

El artículo 2077 del Código civil contenido en el título del Comodato, el artículo 2116 del Código Civil que se refiere al Depósito, y el artículo 2286, del mismo Código, referente a la Prenda, autorizan derechos análogos al artículo 1505, del Código ya mencionado, lo que viene a probar que en tales contratos no cabe la condición resolutoria tácita, ya que de no ser así no lo habrían necesitado del texto expreso de la Ley. La prueba, más conveniente nos la suministra en artículo 2176, contenido en el Título de la Renta Vitalicia, que establece que las

partes no podrán pedir la rescisión del contrato a menos que se haya estipulado otra cosa.

Cabría hacer una pregunta en el sentido si las partes necesitan estipular el derecho de pedir la resolución, será porque este derecho se subentiende por el solo ministerio de la ley. Evidentemente que no, salvo en los contratos bilaterales que son los únicos a los que se refiere el artículo 1505. (La palabra **recisión** utilizada por el artículo 2176 del Código Civil es impropia, debió decirse **resolución**.)

En nuestro Código Civil existen dos artículos mal redactados que no dicen lo que quisieron decir, los legisladores, son los artículos 1506 y 1507.

Las expresiones que emplean los artículos 1506 y 1507 “**Si el que debe una cosa mueble**”, “**si el que debe una cosa inmueble**”, son impropios porque sabemos que los contratos sólo engendran derechos personales. Aceptar lo contrario sería, reconocer que una persona que tiene simplemente un derecho personal o crédito para exigir la entrega de una cosa, que mientras no se lo haga no se puede convertir en dueño de la misma, tiene, sin embargo, derecho para reivindicarle, y ya sabemos que la reivindicación compete al dueño de la cosa, de donde resultaría un contra sentido poner en manos del que no es propietario, la acción reivindicatoria.

A continuación puedo manifestar a manera de conclusión, que si el acreedor hubiera sido acreedor puro y simple y no condicional, no tendría derecho para reclamar por la acción reivindicatoria de la cosa que debe entregársele y que no se le entrega, porque él tiene un derecho personal o de crédito, y no un derecho

real como es la acción reivindicatoria. Nuestro Código Civil por el contrario, lejos de aceptar la acción reivindicatoria, la rechaza expresamente en el artículo 1757 del Código Civil en el cual se contempla el mismo caso de que una cosa haya sido vendida a dos o más personas por distintos contratos y da reglas para saber cual de los compradores debe ser preferido al otro. Si ha hecho la entrega a los dos. Aquel a quien se haya hecho primero será preferido. Si no se ha entregado a ninguno, prevalecerá el título más antiguo.

Seguidamente si aplicamos el artículo 1507 en el sentido al cual venci6 refiriendo, llegaríamos al absurdo que un derecho condicional que solo tiene un germen de derecho cuyo derecho es mucho menos potente que el acreedor puro y simple, tiene sin embargo, el derecho de reclamar la restituci6n del acreedor que posee un derecho puro y simple m6s poderoso que el suyo.

Aceptar esta interpretaci6n en los art6culos 1506 y 1507 ser6a lisa y llanamente, constituir las obligaciones en limitaciones del dominio quer6a decir que cuando uno vende condicionalmente un caballo o una casa, me habr6a impuesto voluntariamente una limitaci6n a mi derecho de propiedad, lo que es absurdo; las obligaciones limitar6n mis actividades personales, pero en ning6n caso mi derecho de dominio.

La interpretaci6n que vengo rechazando, el alcance de los art6culos 1506 y 1507 del C6digo Civil art6culos que no son sino la aplicaci6n de un principio que viene desde los tiempos del Derecho Romano: “**Resuelto el derecho del causante, se resuelve el derecho del causahabitante**” Por qu6. Es sabido que

nadie puede adquirir más derechos que los de su causante, ni nadie puede transferir más derechos que los que tiene. Los artículos citados son aplicación de esta máxima que resultó el derecho del causante, se resuelve el derecho de la causa habitante; y entonces, para que pueda tener aplicación este principio, en el caso de los artículos 1506 y 1507, es menester que el individuo que enajena la cosa debe tener sobre ella un derecho eventual un derecho limitado, y que ese derecho limitado o eventual, nazca para otra persona el derecho de reclamar la cosa del que tiene en su poder. En seguida las expresiones “**si el que debe un inmueble**”, “**si si el que debe un mueble**”, quiere decir “**si el que tiene una cosa mueble**”, “**si el que tiene una cosa inmueble**”, etc. , porque, ese individuo tiene un derecho eventual, resoluble, que al enajenarlo a otro, le va a entregar un derecho también eventual o resoluble, y como consecuencia de extinguirse su derecho se va a extinguir el derecho del tercero.

La historia del establecimiento de la ley nos hace llegar a la conclusión que vengo exponiendo: los artículos 1506 y 1507 sufrieron infinitas redacciones y ellas revelan que el ánimo del legislador puede referirse al caso de tenerse un derecho eventual o resoluble, hubiera sido pues preferible, conservar la redacción que tenía los artículos, en el cual figuraban en esta forma: “**si el que posee una cosa mueble, si el que posee un inmueble**”.

Para que proceda la aplicación de estos dos artículos es necesario que el que enajena la cosa sea propietario eventual, y que de ese dominio eventual, arranque su calidad de deudor de la misma cosa a favor de un tercero pero no se aplican estos artículos, a que es propietario absoluto de la cosa y procede a

constituir, respecto de un tercero, una simple obligación personal derivado de un contrato. Los tres únicos casos en los que reciben aplicación los Art. 1506 y 1507, son; compraventa, que se resuelve por el no pago del precio; la permuta, que se resuelve por el incumplimiento de las obligaciones contraídas y el pacto de retroventa; el caso más frecuente es aquel en que se resuelve un contrato de compraventa por falta de precio.

MATERIALES Y MÉTODOS.

Es preciso indicar que en el proceso de la investigación socio-económica-jurídica, aplique el método científico, entendido como el camino a seguir a fin de encontrar la verdad a acerca de los accidentes jurídicos que provoca la mora judicial, como una institución del Código Civil, que en si afectan los bienes de las personas que intervienen en esta controversia judicial.

Los materiales utilizados coadyuvaron a la estructura misma del informe de tesis, como lo fueron en su debida oportunidad los libros y leyes, sobre los que sustente el presente trabajo de investigación. Todos los materiales utilizados me sirvieron para la constitución del marco conceptual, jurídico, doctrinario y para el estudio de la legislación comparada y sobre toso para una mejor comprensión en torno al problema objeto de estudio.

Métodos.

El proceso de investigación lo realice en base al concurso de varios métodos, procedimientos y técnicas, que me permitieron conducirla hacia el carácter de científico del proceso de investigación realizado. En su parte sustancial este proceso fue realizado utilizando los métodos inductivo, deductivo, como en si son el método científico, utilizando al respecto los procedimientos de observación, análisis y síntesis pues partiendo de supuestos hipotéticos, dirigí mi estudio al análisis científico de una realidad jurídica, **la mora**, dentro del proceso de análisis teórico y de una indagación empírica pude determinar la veracidad de

la hipótesis planteada en el presente proceso investigativo, mediante el método hipotético deductivo. Además del análisis bibliográfico correspondiente.

PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

De conformidad con el análisis del problema objeto de investigación, determiné cuál era la realidad del mismo y por lo tanto en base de esa observación determine los procedimientos y técnicas a emplear en el desarrollo del mismo, las técnicas a emplear que determine son: el análisis bibliográfico y la investigación empírica a base de encuestas direccionadas a profesionales del derecho que se encuentran en libre ejercicio profesional.

La encuesta la aplique a 30 profesionales del derecho en libre ejercicio y la investigación bibliográfica en los libros de doctrina del Derecho Civil de autores Nacionales y del extranjero, así como en el internet, lo que me permitió realizar un estudio metódico y exacto del problema jurídico de la mora, como una institución del Derecho Civil, que tiene que ver con las obligaciones.

**ANÁLISIS DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS
PROFESIONALES DEL DERECHO EN LIBRE EJERCICION**

No de encuestados 30

**PRIMERA PREGUNTA.-Considera usted que la normativa jurídica que
norma algunas instituciones en el Ecuador es incompleta?.**

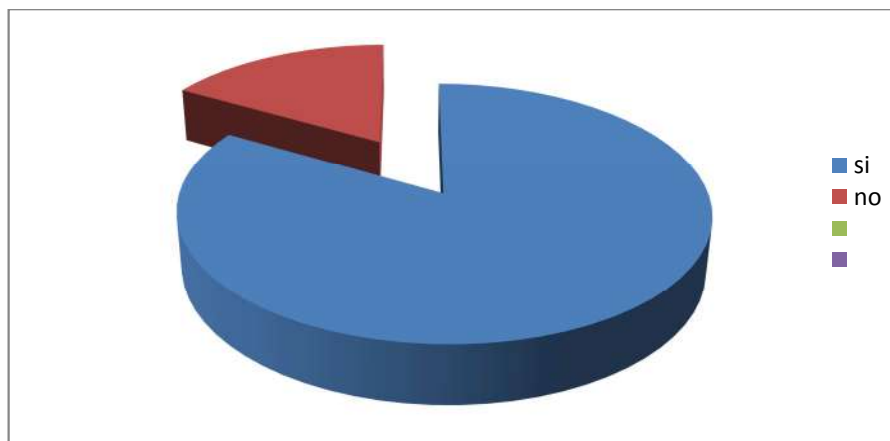
Normativa jurídica incompleta.

Gráfico No 1

No	Variables	f	%
01	Si	25	84.00
02	No	5	16.00
	Total	30	100.00

Fuente: Encuesta aplicada por el autor., 2011.

GRAFICO No 1.



El 84% de los encuestados manifiestan, que hay obsolescencia en las leyes,
el 16%, considera que no.

Sostengo que la normativa jurídica que en el Código Civil, rige la mora es obsoleta no comprende todos los fenómenos jurídicos que se pueden presentar, por lo tanto lo que se refiere a las obligaciones y a la mora en particular necesita reforma de los artículos que la rigen.

Considero que la mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, ya que el simple retardo no culpable no puede considerarse mora.

SEGUNDA PREGUNTA.- Cree usted, que el capítulo de las obligaciones en el Código Civil Ecuatoriano, es completa y abarca todos los problemas jurídicos que se presenta.

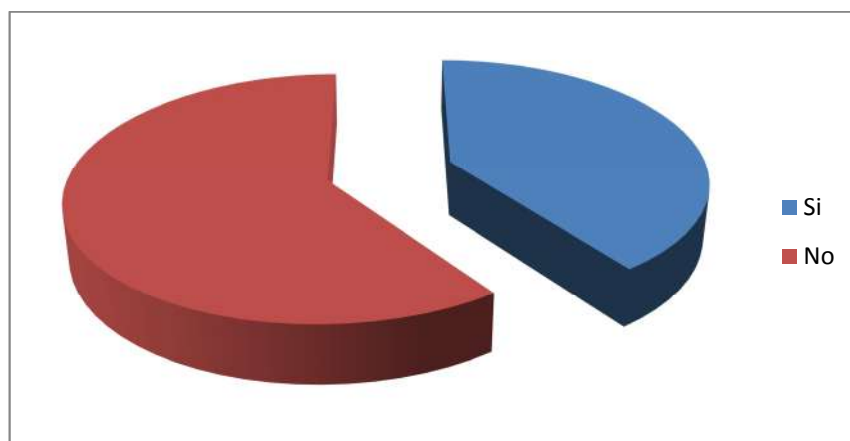
Problemas jurídicos fuera del Código Civil

Cuadro No 2

No	Variables	f	%
	Si	12	40,00
	No	18	60,00
	T o t a l	30	100,00

Fuente: Encuesta aplicada por el autor: 2011.

Gráfico No 2



El 40% de los investigados manifiesta que si está de acuerdo la normatividad jurídica existente en el Ecuador, con relación a las obligaciones, el 60%, dice que no que la normativa no es completa y que por lo tanto hay que actualizarla.

Luis Parraguez Ruiz, reconoce en su estudio del Código Civil, que las obligaciones nacen 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 de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona.

Es importante hacer notar que tanto el Código Civil Ecuatoriano, como para el Colombiano y el chileno, no existe una norma que establezca al enriquecimiento injustificado como fuente de las obligaciones.

TERCERA PREGUNTA .- Considera que los requisitos que el Código Civil establece con relación a la mora, son correctos.

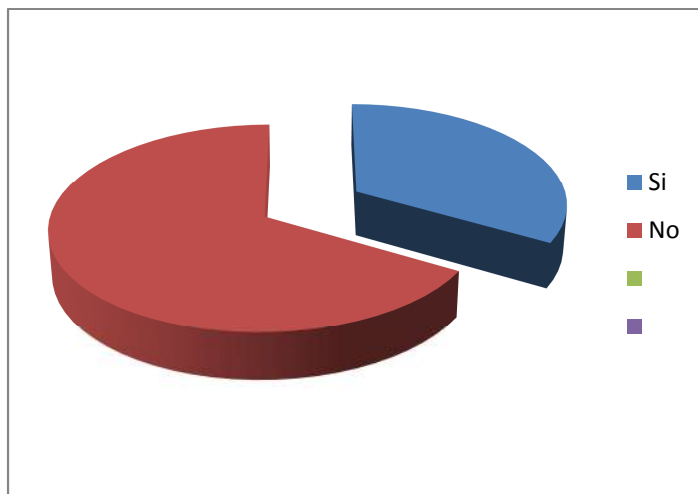
Requisitos de la mora

Cuadro No 3.

No	Variables	f	%
1	Si	10	34.00
2	No	20	66.00

Fuente: Encuesta aplicada por el autor: 2011.

Gráfico No 3



De los encuestados el 34%, manifiesta que si que se contemplan todos los casos, en cambio el 64%, manifiestan que no que la ley ecuatoriana no cubre todos los aspectos de las obligaciones y la mora en particular, es también eminente romana; pero los legisladores modernos han introducido modificaciones madurados por los intérpretes y sugeridas por la equidad y el interés económico. Tal vez la doctrina y la jurisprudencia están preparando otras nuevas; aquí debemos exponer, que cumplimiento y extinción de las obligaciones son conceptos acaso diversos. Las reglas generales acerca del cumplimiento, sobre todo en cuanto a las consecuencias del incumplimiento van todas bajo el de los modos como se extinguen las obligaciones.

El retraso puede ocasionarlo tanto al deudor como al acreedor, por lo que puede decirse que uno u otro están en mora. No es mora todo retraso, y puede que el Código emplee esta palabra solo para el deudor.

CUARTA PREGUNTA.-Qué actos produce la constitución de la mora:

Cómo es una pregunta cerrada voy prácticamente a transcribir las respuestas más relevantes de los encuestados.

Desde el momento en que el deudor está en mora y siempre que ella le sea imputable, se producen los siguientes efectos:

1. Qué el deudor queda obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le ocasiona la mora;
2. Desplaza el riesgo de la cosa del acreedor al deudor, lo que significa que estando el deudor en mora no se aplica el principio **res perit creditori** *las cosas perecen para el acreedor*.
3. Constituye al deudor en injusto detentador de la cosa.

QUINTA PREGUNTA.- En qué casos se produce la mora del acreedor.

Como es una pregunta cerrada de igual manera que la anterior voy a señalar solamente el criterio de los investigados.

La mora del acreedor se presenta cuando éste se resiste o niega a recibir la prestación. Supone la existencia de una obligación vencida y el ofrecimiento de pago hecho por el deudor. Los efectos de la mora del acreedor son los siguientes:

- a) El acreedor debe pagar al deudor los gastos ocasionados por la mora, por ejemplo: gastos de conservación, cuidado y almacenamiento de la cosa, sí como los honorarios y gastos del juicio de consignación.

- b) Los riesgos por pérdida de la cosa corre por cuenta del acreedor a menos que sean debidos a culpa o dolo del deudor.
- c) Impide que el deudor se constituya en mora. La mora purga la mora.

SEXTA PREGUNTA., Cuál es la diferencia entre mora y simple retardo.

Las conclusiones sobre la pregunta que llegaron los investigados las puedo manifestar de la siguiente forma:

Las obligaciones deben cumplirse en determinada época. Si la obligación es pura y simple, debe cumplirse inmediatamente de contraída. Si es a plazo o bajo condición suspensiva, una vez expirado el término o cumplida la condición.

Llega la época en que la obligación debe cumplirse, se dice que se ha hecho exigible, puede el acreedor demandar el cumplimiento. Si el deudor no cumple la obligación que se ha hecho exigible, incurre en retardo en el cumplimiento.

Es obvio que el acreedor no está obligado a reclamar la ejecución de la obligación exigible, pero, si no exige el cumplimiento es lógico suponer que tácitamente autoriza al deudor para darse un tiempo más para cumplir y que el incumplimiento no le ocasiona un perjuicio serio.

Por este doble motivo, el simple retardo no da lugar a indemnización por perjuicios.

SEPTIMA PREGUNTA., Qué requisitos debe tener la mora?

De igual forma que las preguntas anteriores, esta pregunta también es de criterio y haciendo una síntesis de lo manifestado en la encuesta, puedo afirmar lo siguiente:

Para que exista mora se requiere:

- a) Que haya retardo en el cumplimiento de la obligación.
- b) Que el retardo sea imputable al deudor..
- c) Que el acreedor interpele al deudor.

Como se comprenderá, es requisito esencial de la mora que el deudor difiera el cumplimiento de la obligación, que no la satisfaga en la época debida.

Pero es preciso, además que la tardanza en la ejecución sea imputable, esto es que provenga del hecho o culpa y, con mayor motivo, del dolo del deudor. El retardo fortuito no constituye al deudor en mora.

No basta, aún, que el deudor retarde el cumplimiento por motivos que le sean imputables. Es preciso que el acreedor lo interpele. Mientras no intervenga interpelación del acreedor, hay simple retardo, pero no se encuentra el deudor en mora.

OCTAVA PREGUNTA.-Qué puede aportar personalmente este problema jurídico.

Considero que lo fundamental de lo expresado por los investigados es lo siguiente:

Que hay necesidad legal de ejecutar la obligación, y que los efectos de esta necesidad son: el deudor debe cumplir su obligación en el plazo y forma convenidos. Si no lo hace bajo consideraciones, se encuentra en mora, y este estado implica para él diversas consecuencias. Además, si persiste en su negativa de cumplir con sus obligaciones, la ley concede al acreedor el derecho y los medios de exigir su cumplimiento; en defecto de una ejecución voluntaria, el acreedor puede recurrir a los tribunales demostrando su derecho, después de lo cual, el derecho pondrá a su disposición la fuerza social, para obtener el cumplimiento efectivo de tales obligaciones. Ésta es la ejecución forzosa.

CRITERIO JURÍDICO DEL PROPONENTE.

El retraso del deudor, recibe el nombre de mora, cuando la ley lo toma en consideración para apreciar su responsabilidad. No todo retraso en el cumplimiento es necesariamente una mora en el sentido jurídico de la palabra. Puede acontecer que el deudor haya retrasado el cumplimiento, que éste no se haya realizado a su debido tiempo, y que, sin embargo, no exista **mora**.

La regla general es que la mora no se produce de pleno derecho por el solo vencimiento del término: la obligación puede ser exigible, y haber transcurrido mucho tiempo desde el vencimiento del plazo, sin que el deudor esté en mora. Se requiere que el acreedor se dirija al deudor exigiéndole el cumplimiento de la obligación (artículo 1567 del Código Civil). Por tanto el acreedor en principio, es

quien hace incurrir en mora al deudor y no el vencimiento del término. De aquí la regla que es del derecho romano: “*Dies non interpellat por homine*. En tanto que el acreedor no exija el cumplimiento de la obligación puede presumirse que el retardo no le causa perjuicio y que tácitamente lo autoriza.

El derecho civil ecuatoriano admite la regla de que el sólo vencimiento del término hace incurrir en mora al deudor. Pero en la práctica, la aplicación de esta regla rigurosa ha provocado muchas dificultades, salvo convenio expreso de las partes.

Hay un acto cuyo objeto especial es hacer incurrir en mora al deudor: la interpelación, que puede ser hecha por todo acreedor, por conducto del alguacil. Pero el efecto de la interpelación, que es la constitución en mora, es además producida por dos actos:

1. *El requerimiento*. El requerimiento de pago es una especie particular de interpelación, que solo puede fundarse en un título ejecutivo, y que necesariamente antecede al embargo.
2. *La demanda judicial*, es decir, el ejercicio de la acción.

Estos dos actos son más amenazadores aún para el deudor, que la simple interpelación, que no es la iniciación de ningún procedimiento, y después de la cual el acreedor puede permanecer inactivo. Se comprende, que la Ley le dé como efecto, con mucha más razón, la constitución en mora del deudor. A estos actos hace alusión el artículo 1567, en el cual la ley habla de cuando se constituye en mora, **el deudor**.

Considero que legalmente se pueden pactar excepciones como:

1. **Excepciones convencionales.** Puede pactarse que el deudor se constituya en mora por el solo hecho de que el término que se le concedió se venza sin que haya cumplido su obligación. Este convenio está previsto por la Ley.

La mora puede también ser tácita y resultar de las circunstancias. Se trata entonces de una interpretación de voluntad. Tal es el caso en que el deudor se constituye en mora cuando la cosa que debía hacer o entregar no podría entregarse o realizarse sino dentro de determinado plazo que ha transcurrido ya.

2. **Excepciones legales.** Otras ocasiones, la misma ley, de pleno derecho y sin que medie ninguna convención de las partes, considera que el deudor ha incurrido en mora de pleno derecho por lo que hace a la restitución de la cosa robada. En la misma forma trata la ley a quien ha recibido, de mala fe, una cosa, a sabiendas de que no se le debía.

Efectos de la mora.

Desde el momento en que el deudor está en mora y siempre que ella le sea imputable, se producen los siguientes efectos:

1. El deudor queda obligado a indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le ocasiona la mora;
2. Desplaza el riesgo de la cosa del acreedor al deudor, lo que significa que estando el deudor en mora no se aplica el principio *res perit creditori* (**Las cosas parecen para el acreedor**);
3. Constituye al deudor en injusto detentador de la cosa.

VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Los objetivos planteados en el proyecto de investigación debidamente aprobado fueron:

- Analizar el régimen jurídico de la mora y sus insuficiencias legales.
- Proponer un manejo jurídico que mejore el régimen civil de la mora.
- Presentar un proyecto de reformas al Código Civil en lo referente a la mora para hacer más viable su aplicación.

Hipótesis

Existe insuficiencia normativa en el Código Civil Ecuatoriano para el cobro de la mora, así como en sus efectos jurídicos, por lo que es necesario una reforma al Código Civil para hacer más viable su aplicación.

Los objetivos se han cumplido totalmente, hemos hecho un análisis completo de la normativa jurídica de la mora, y como consecuencia de esto vamos a presentar los lineamientos de un mejor manejo jurídico de lo que es la mora y finalmente vamos a presentar un proyecto de reformas.

De lo anterior puedo manifestar que en efecto la insuficiencia del régimen jurídico de la mora y sus efectos dentro del Código Civil en el Ecuador, requiere reformas que permitan insertarse en los cambios que demanda la actual época.

La lectura de nuestra investigación refleja que los requisitos de la mora establecidos en el Código Civil, es excluyente y, por tanto, desconoce los derechos humanos de las personas para obligarse por su propia voluntad.

Los resultados de nuestra investigación expuestos, demuestran que los instrumentos públicos como el decreto que lo otorgue un notario competente y capaz consta con validez mientras que un instrumento privado como las cuentas extrajudiciales no necesita de notario ni de funcionario público que de fe o autoridad por lo tanto es un convenio de personas particulares que no requieren de autoridad constituida para su creación y emisión, sino la voluntad de las personas que deseen adquirir derechos y obligaciones valdrá para establecer presunciones o principios de prueba por escrito, los documentos privados hacen tanta fe como los documentos públicos.

La situación descrita manifiesta que existe una evidente falta de regulación respecto a la convivencia de personas y a la producción de efectos jurídicos como medidas de garantizar la precisión del contenido contractual del documentos y de su cumplimiento.

Sobre la base del nivel de instrucción jurídica legal, el deudor ocupa más del 15% en el Ecuador, lo que significa que aproximadamente dos millones de

acreedores están excluidos de estipular el contrato por la falta de pago oportuno, situación que demanda una urgente reforma jurídica social que regule el contrato de compra venta como requisito legal.

Esta situación indica que en definitiva el que tiene el poder para manipular el uso del contrato es el acreedor, ya que es su decisión crearla de acuerdo a sus intereses.

El pronunciamiento cuantificado, manda que es una imperiosa y humanitaria necesidad reformar el Código Civil, para incluir que el contrato pueda ser legal como instrumento jurídico ejecutivo de servicio particular.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De los resultados de nuestra investigación, hemos obtenido las siguientes conclusiones:

Conclusiones:

- 1- El contrato es un instrumento que demora en cumplir las obligaciones que nacen del mismo.
- 2- Las obligaciones por su exigibilidad pueden ser puras y simples, esto es, las que están llamadas a cumplirse inmediatamente y no sometidas a restricción o condicionamiento de ninguna clase y, condicionales o modales las que por regla no pueden cumplirse inmediatamente porque se ha estipulado plazo, condición o modo, que aún no se han cumplido. En uno u otro caso, cuando se han dejado de cumplir las obligaciones oportunamente es que nos hallamos en el caso de la mora, esto es, en la situación en que, el deudor se encuentra en mora.
- 3- El marco legal jurídico que determina los requisitos para la validez del contrato establecidos en el Código Civil es a la vez muy general y selectivo, por otra parte no considera las circunstancias del acreedor que constituye un significativo porcentaje de la población.
- 4- El tener certeza de cuando debe exigirse el cumplimiento para el acreedor, es muy importante, cosa igual ocurre con relación al deudor, para quien es de similar interés de conocer hasta cuando debe cumplir la obligación que

es de su responsabilidad y todo esto porque de la mora se derivan efectos muy importantes.

- 5- La realidad social, cultural, política y económica que caracteriza a la sociedad Ecuatoriana, está inmersa en el movimiento financiero, comercial y de crédito a pequeña y gran escala, por lo que se requiere simplificar y a la vez fortalecer la seguridad jurídica de los derechos y obligaciones de las personas.
- 6- La falta de precisión en los requisitos de la creación y validez del contrato, han generado múltiples conflictos de orden socio-jurídico y económico entre el acreedor y deudor, por lo que se requiere mejorar la calidad y técnica de las normas jurídicas correspondientes.
- 7- El contrato desde el punto de vista genérico, es un título valor que contiene un derecho incorporado literal y autónomo, entre las personas que voluntariamente deseen; el contrato por ser un título ejecutivo promueve transacciones entre personas sin trámites burocráticos.

Recomendaciones:

1. Realizar una campaña en donde se da a conocer sobre las obligaciones jurídicas respecto a los beneficios e implicaciones que genera el contrato para el deudor y el acreedor.
2. En el marco legal jurídico-social de nuestro medio,, socializar las experiencias, problemas y alternativas de soluciones para un adecuado manejo del contrato como instrumento legal para asumir una obligación.
3. Colectivizar y facilitar la aplicación del procedimiento técnico-jurídico para llenar el contrato, que permita asegurar su transparencia, validez y equidad para las partes.

PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.

Una de las formas de contribuir al desarrollo personal, familiar y colectivo es, dotar de herramientas sociales y legales que faciliten y estimulen en un marco de seguridad jurídica, las transacciones y obligaciones entre las personas.

En el Ecuador más del 15% de habitantes son acreedores, lo que representa aproximadamente 2 500 000 personas que no saben sobre sus obligaciones jurídicas, por lo que están rezagados de utilizar el contrato como título para asumir obligaciones y transacciones.

Es prioritario promover cambios en el marco legal que permita flexibilizar y dinamizar la economía nacional.

Consecuentemente para ampliar el servicio que concede el contrato, para incorporar a los deudores al uso de este beneficio y precisar la forma de llenar el documento que asegure los derechos y obligaciones de las partes, es conveniente reformar el Código Civil, basándose en el siguiente planteamiento.

Reformas:

Como propuesta de este análisis, materia de la presente tesis de investigación jurídica, proponemos las siguientes reformas al código civil ecuatoriano, con el firme convencimiento de que estas nos permitirán más eficaz la administración de justicia en nuestro país.

Considero las reformas siguientes:

El Artículo 1506 del Código Civil Ecuatoriano, nos dice: *“Si el que debe una cosa mueble a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho a reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”*.

La reforma que sugiero es la siguiente:

“Si el que posee una cosa mueble sometida a plazo o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe”.

El artículo 1507, del Código Civil Ecuatoriano, nos dice: *“Si el que debe un inmueble bajo condición, lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito, u otorgado por escritura pública”*.

Debería quedar de la manera siguiente:

“Si el que posee un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Debe limitarse la resolución de un contrato, de suerte que, cuando se han cumplido en parte las obligaciones, las partes no pueden recurrir a ella, sino a demandar su ejecución y reclamar perjuicios.

Actualmente por abstracción del artículo 1555, está permitido que por falta de pago de una parte del precio, el vendedor pueda demandar la resolución del contrato.

Con este objetivo, me permito recomendar la reforma del artículo 1555, para que el texto del mencionado artículo sea el siguiente:

Agréguese a este artículo los siguientes incisos:

“Si se exigiere la resolución, el demandado podrá consignar el precio completo, que comprende el capital y los intereses adeudados hasta que se conceda el término de prueba.”

“Si lo que se debiere, fuere una parte del precio, el acreedor no podrá demandar la resolución del contrato”.

De esta forma pongo a consideración mi trabajo de investigación, esperando que el mismo permita que se busque solución jurídica a un problema legal.

BIBLIOGRAFIA.

- ALESANDRI RODRIGUEZ, Arturo., **Teoría de las Obligaciones.**
- ALESANDRI RODRIGUEZ, Arturo., **De los Contratos.**
- BOFFI B., Luis M., **Tratado de las Obligaciones, Tomo I,** Segunda Edición actualizada, Editorial Astrea., Buenos Aires, 2005.
- BARROS E., **Curso de Derecho Civil.,** Tomo II., 2004.
- CEVALLOS, V., Víctor M., Manual de Derecho Mercantil., Editorial Universitaria., Quito., 2003.
- CLARO SOLER, Luis **Derecho Civil., Obligaciones,** España 2002.
- CRUZ B., Guillermo., **Las Acciones del Acreedor.,** Editorial Hispana., Argentina., 2005.
- Código Civil del Ecuador.
- ESPINOSA M., Galo., **Diccionario de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.,** Quito., 2004.
- GUZMAN, L., Amable., **diccionario Explicativo de Derecho Procesal.,** Editorial, Universitaria., Colombia., 2006
- DE GASPARI Luis, **Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil, Paraguay y Argentino,** Volumen II., Editorial De Palma. Buenos Aires, 1999.
- MEZA, B., Ramón M., **Manual de Derecho Civil, de las Obligaciones,** Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición, Santiago de Chile. 1998

- MORALES, A., Jorge., **Teoría General de la Obligaciones.**, Editorial de la Universidad de Cuenca., Facultad de Jurisprudencia. Cuenca.2001.
- PARRAGUEZ., Ruiz, Arturo., **Apuntes de Código Civil.**, Tomo II., Editorial Universidad Técnica de Loja., 1999.
- PEREZ GUERRERO, Alfredo., **Temas Jurídicos.**, Fondo de Cultura Ecuatoriano., 1982., Tomo 26., Vol IV.
- RIVAS, C. Leonardo., **Derecho Civil., Estudio del Libro IV del Código Civil Ecuatoriano., Tomos I y III.**, Editorial Universidad de Cuenca., Cuenca., 2002.

ANEXOS.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y

ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado: Con el deseo de contribuir a solucionar problemas jurídicos del ámbito del Derecho Ecuatoriano, me he permitido plantear un estudio jurídico sobre **la mora**, por lo que recurro a usted a fin de solicitarle su valiosa contribución en el análisis de esta problemática jurídica.

1. Considera usted, que la normativa jurídica que norma algunas instituciones en el Ecuador es incompleta?,

Si No

Por qué

.....

Cree usted, que el capítulo de las obligaciones en el Código Civil Ecuatoriano, es completa y abarca todos los problemas jurídicos que se presenta.

Si No

Por qué.....

.....

2. Considera que los requisitos que el Código Civil establece con relación a la mora son los correctos?.

Si No

Por qué

3. Qué actos produce la constitución de la mora:

.....
.....

4. En qué casos se produce la mora del acreedor

.....
.....

5.Cuál es la diferencia entre la mora y el simple retardo:

.....
.....

6. Qué requisitos debe tener la mora:

.....
.....

7. Que puede aportar personalmente a este problema jurídico

.....
.....

Gracias por su colaboración

INDICE

“LA VICTIMOLOGÍA Y SU APOORTE EN EL PROCESO PENAL EN LA REHABILITACIÓN PSICOAFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS DE ABUSOS A LA INTEGRIDAD PSICOLÓGICA Y SEXUAL”

Certificación	ii
Autoría	iii
Agradecimiento	iv
Dedicatoria	v
Tabla de Contenidos	vi
Resumen en Castellano y Traducido al Inglés.....	vii
Introducción	xi
Revisión de Literatura	1
Materiales Y Métodos	111
Procedimientos y técnicas	112
Resultados de la aplicación de Encuestas.....	113
Verificación de objetivos y contrastación de hipótesis	123
Conclusiones	126
Recomendaciones	128
Propuesta de Reforma legal	129
Bibliografía	132
Índice	